Hermann Picot

Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Personenhandelsgesellschaft

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0026

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Personenhandelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von Hermann Picot
aus Bochum
1966

1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Brox
Dekan:	Prof. Dr. Brox
Tag der mündlichen Prüfung:	7. Mai 1966

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
Erstes Kapitel	
Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer offenen Handelsgesellschaft	2
A. Das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft	2
I. Die Rechtsstellung des Vorerben	3
II. Die Rechtsstellung des Nacherben	4
III. Die Bedeutung des Vor- und Nacherbschaftsrechtes	5
B. Die Gesellschafterstellung eines offenen Handelsgesellschafters als Gegenstand einer Vor- und Nacherbschaftsanordnung	6
I. Das rechtliche Schicksal der Gesellschafterstellung nach der gesetzlich vorgesehenen Regelung	7
II. Die Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch den Erben im Falle einer Eintrittsklausel	8

Seite

III. Die Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch den Erben im Falle einer Nachfolgeklausel 9

C. Die Sicherung des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben 14

I. Die Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben 14

1. Die Anwendbarkeit der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Verfügungen über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens 15

2. Verfügungen des Vorerben über die gesamte Gesellschafterstellung 24

a) Die erbrechtliche Rechtfertigung einer entsprechenden Anwendung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung 28

aa) Die rechtliche Einordnung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben 30

bb) Das gleichartige Interesse des Nacherben an Schutz vor Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung 32

b) Der Einfluß einer entsprechenden Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung 33

Seite

aa) Verfügungen, die der Vorerbe selbständig treffen kann 34

bb) Verfügungen, die von den Gesellschaftern gemeinschaftlich getroffen werden 35

c) Der tatsächliche Erfolg einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung 37

aa) Änderungen des Gesellschaftsvertrages 37

bb) Die Auflösung der Gesellschaft 38

cc) Das Ausscheiden des Vorerben aus der Gesellschaft 41

d) Der unzulängliche Schutz des Nacherbenrechtes durch eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung 43

e) Die Unmöglichkeit einer schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge wirksamen Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung 44

3. Gegen den Vorerben gerichtete Verfügungen über die Gesellschafterstellung 46

a) Die Kündigung des Privatgläubigers nach § 135 HGB 46

Seite

b) Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und der Ausschluß aus der Gesellschaft 51

4. Der Gewinnanspruch des Gesellschafter-Vorerben 55

II. Die Rechtsstellung des Nacherben der Gesellschafterstellung 57

1. Die Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft 57

a) Die Rechte des Nacherben nach §§ 2121, 2122, 2127 BGB 58

b) Die Rechte des Nacherben nach §§ 2128, 1052 BGB 60

aa) Der zwingende Charakter der Gesellschafterhaftung 62

bb) Die Beschränkung der Verwaltung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB auf den Nachlaß 62

2. Die Rechtsstellung des Nacherben nach dem Eintritt des Nacherbfalles 66

a) Die Haftung des Gesellschafter-Nacherben 66

Seite

aa) Die erbrechtliche Haftung 67

bb) Die gesellschaftsrechtliche Haftung 69

b) Das Wahlrecht des Nacherben nach § 139 HGB 70

aa) Der Vorerbe ist offener Handelsgesellschafter geblieben 71

bb) Der Vorerbe hat von dem Wahlrecht des § 139 HGB Gebrauch gemacht 74

III. Die Unsicherheit des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben (Zusammenfassung der Untersuchung über die Rechte des Vor- und Nacherben an der Gesellschafterstellung) 76

Zweites Kapitel

Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der offenen Handelsgesellschafterstellung durch letztwillige Verfügungen des Erblassers 77

A. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung für die Dauer der Vorerbschaft 79

I. Der rechtliche Charakter der Haftung des Erben nach § 2206 Abs. 2 BGB 81

1. Die Ableitung der unbeschränkten Haftung des Gesellschafter-Erben aus der Eigenschaft der Gesellschafterhaftung als Nachlaßverbindlichkeit 82

Seite

2. Die Ableitung der unbeschränkbaren Haftung des Gesellschafter-Erben aus der Nichtausübung des Wahlrechtes nach § 139 Abs. 1 HGB 83

a) Die rechtliche Einordnung der Haftungsbeschränkung nach § 139 HGB 84

b) Die rechtliche Einordnung der Haftungsbeschränkung nach §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB 85

c) Die unterschiedliche Funktion der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach § 139 HGB und §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB 86

3. Die Ableitung der unbeschränkbaren Haftung des Erben aus der Möglichkeit zum Ausschlagen der Erbschaft 87

II. Die Unmöglichkeit der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung des Vorerben 88

B. Letztwillige Regelung von Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung 90

I. Die Beschwerung des Vorerben mit der Auflage, nicht ohne Zustimmung des Nacherben über die Gesellschafterstellung zu verfügen 91

II. Die Erbeinsetzung des Vorerben unter der auflösenden Bedingung einer Verfügung über die Gesellschafterstellung 94

Seite

C. Letztwillige Regelungen zur Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben durch einen Vertreter 96

I. Die Beschwerung des Vorerben mit der Auflage, einen Vertreter zur Ausübung der Gesellschafterrechte zu bestellen 97

II. Die Erbeinsetzung des Vorerben unter der aufschiebenden Bedingung der Bestellung eines Vertreters zur Ausübung der Gesellschafterrechte 100

1. Die erbrechtliche Zulässigkeit der Vertreterbestellung als Bedingung der Erbeinsetzung 101

2. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Vertreter 103

a) Die Vertretung des Gesellschafters im Verhältnis der Gesellschafter untereinander 103

b) Die Vertretung des Gesellschafters im Verhältnis zu Dritten 105

c) Die Rechtslage nach der Vertreterbestellung 109

d) Die Sicherstellung der alleinigen Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben durch den Vertreter 110

Seite

III. Die erbrechtliche Verpflichtung des Vorerben zur Übertragung der Gesellschafterstellung auf einen Treuhänder 112

IV. Die möglichen letztwilligen Regelungen der Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben (Zusammenfassung) 114

D. Letztwillige Regelungen für die Feststellung und Entnahme von Gewinnen durch den Vorerben 115

Drittes Kapitel

Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der offenen Handelsgesellschafterstellung mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln 116

A. Allgemeine Problematik 116

I. Die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter zu gesellschaftsrechtlichen Regelungen 117

II. Die Wirkung der Regelungen des Gesellschaftsvertrages für den Vorerben 118

B. Die Beschränkbarkeit der Verfügungsmacht des Vorerben über die Gesellschafterstellung 119

I. Das Wahlrecht des Gesellschafter-Vorerben nach § 139 HGB 120

II. Das Kündigungsrecht des Gesellschafter-Vorerben 121

Seite

1. Die Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechtes 121

a) Die Anwendung des § 723 Abs. 3 BGB auf das ordentliche Kündigungsrecht des offenen Handelsgesellschafters 122

b) Die nach § 723 Abs. 1 u. 2 BGB möglichen Einschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechtes 124

c) Die zulässige Dauer eines zeitlichen Kündigungsausschlusses 125

2. Der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes für den Gesellschafter-Vorerben 129

a) Der Vorerbe ist für seine Lebenszeit eingesetzt 131

b) Das Erbrecht des Vorerben dauert bis zur Geburt eines Nacherben, bis zum Erreichen eines Berufszieles durch den Nacherben oder bis zur Wiederheirat des zum Vorerben eingesetzten Ehegatten 132

c) Das Erbrecht des Vorerben dauert bis zu einem bestimmten Alter des künftigen Nacherben oder bis zu einer bestimmten Frist seit dem Erbfall 133

Seite

3. Die Zulässigkeit einer Bindung des Kündigungsrechtes des Gesellschafter-Vorerben an die Zustimmung des Nacherben 134

III. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Vorerben 135

IV. Zusammenfassung der Frage nach der Beschränkbarkeit der Verfügungsmacht des Vorerben über die Gesellschafterstellung 139

C. Die Beschränkbarkeit des Einflusses des Vorerben auf die Führung der Gesellschaft 139

D. Die Verpflichtung des Vorerben zur Bestellung eines Vertreters 140

Viertes Kapitel

Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Kommanditgesellschaft 142

A. Die Gesellschafterstellung des Komplementärs 142

B. Die Gesellschafterstellung des Kommanditisten 143

I. Die Kommanditistenstellung im Vor- und Nacherbschaftsrecht 143

II. Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der Kommanditistenstellung durch letztwillige Verfügungen des Erblassers 146

Seite

III. Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der Kommanditistenstellung mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln 148

Fünftes Kapitel

Zusammenfassung 149

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

Bartholomeyczik, Horst	Erbrecht, Ein Studienbuch 7. Aufl. München 1965
Baumbach - Duden Adolf Konrad	Kurzkommentar zum HGB 15. Aufl. München u. Berlin 1962 u. 16. Aufl. München u. Berlin 1964
Brand, Arthur	Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911
Düringer- Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch 3. Aufl. Bd. II, 1. u. 2. Hälfte (erläutert von Karl Geiler u. Julius Flechtheim), Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Enneccerus, Ludwig	Allgemeiner Teil des BGB, Ein Lehrbuch, 15. Aufl. bearb. von Carl Nipperdey 1. Halbband Tübingen 1959, 2. Halbband Tübingen 1960
	Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Aufl. bearb. von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
	Erbrecht, Ein Lehrbuch von Theodor Kipp, 12. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1965 (zit. Kipp-Coing §...)

Erman, Walter	Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. Bd. I u. II, Münster 1962
Goldmann, Samuel	Das Handelsgesetzbuch Bd. II, Berlin 1905
Güthe	Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 6. Aufl. bearb. von Franz Triebel Bd. I Berlin 1936
Hueck, Alfred	Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 13. Aufl. München u. Berlin 1965 (zit. Hueck Ges.R.S...)
	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. Berlin 1964 (zit. Hueck §...)
Koenige, Heinrich	Handausgabe des HGB 2. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929
Lange, Heinrich	Lehrbuch des Erbrechts München u. Berlin 1962
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts 7. Aufl. Bd. I, München u. Berlin 1964
Lehmann, Karl	Das Handelsgesetzbuch Bd. I 2. Aufl. Berlin 1914
Planck's	Kommentar zum BGB 4. Aufl. Bd. II 2. Hälfte 3. Teil Berlin u. Leipzig 1928; 4. Aufl. Bd. V Berlin u. Leipzig 1930

Reichsgerichtsräte-Kommentar	Kommentar der Praxis des BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (BGB-RGRK) 11. Aufl. Bd. II Teil 2 Berlin 1960 11. Aufl. Bd. IV Teil 2 Berlin 1964 11. Aufl. Bd. V Teil 1 Berlin 1960 11. Aufl. Bd. V Teil 2 Berlin 1961
Ritter, Carl	Kommentar zum HGB 2. Aufl. München u. Berlin 1932
Soergel	Kommentar zum BGB 9. Aufl. Bd. I (§§ 1 - 103 bearb. von Siebert) Stuttgart 1959 Bd. II (§§ 705-758 bearb. von Schultze-v. Lasaulx) Stuttgart 1962 Bd. IV (§§ 1773-1921 bearb. von Germer) Stuttgart 1963 Bd. V (§§ 1922-2385 bearb. von Ehard u. Eder) Stuttgart 1961
Schlegelberger	Kommentar zum HGB 4. Aufl. Bd. II bearb. von Ernst Geßler Berlin u. Frankfurt/Main 1963
Staub's	Kommentar zum HGB 12. u. 13. Aufl. Bd. I erl. von Albert Pinner, Berlin u. Leipzig 1926
v. Staudinger, J.	Kommentar zum BGB 9. Aufl. Bd. IV erl. von Theodor Engelmann, München, Berlin u. Leipzig 1926
	10. Aufl. Bd. II §§ 705 ff. erl. von Karl Geiler, München u. Berlin 1939
	10. Aufl. Bd. V §§ 1922 ff. erl. von Gustav Boehmer, Berlin 1937

v. Staudinger J.	11. Aufl. Bd. I Einleitung von Franz Brändl, Berlin 1957
	11. Aufl. Bd. II Teil 4 Lief. 1 §§ 705 ff. erl. v. Karl Geiler bearb. von Ernst Kessler, Berlin 1958
	11. Aufl. Bd. III Teil 2 §§ 1030-1089 erl. von Karl Spreng, Berlin 1963
	11. Aufl. Bd. V Teil 1 Einleitung u. Erläuterungen zu § 1922 von Gustav Boehmer, §§ 1923-2063 erl. von Heinrich Lehmann, §§ 2064-2196 erl. von Karl Seybold, Berlin 1954
	11. Aufl. Bd. V Teil 2 §§ 2197-2228 erl. von Ottmar Dittmann, Berlin 1960
Strohal, Emil	Das Deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB 3. Aufl. Bd. I, Berlin 1903
Sudhoff, Heinrich	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, Kommentar mit Formularteil 2. Aufl. München u. Berlin 1960
Weipert, Otto	Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts 2. Aufl. Bd. II Berlin 1950

Westermann, Harry — Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 4. Aufl. Karlsruhe 1960

Wieland, Karl — Handelsrecht Bd. I München u. Leipzig 1921

Würdinger, Hans — Gesellschaften, I. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937

II. Einzeldarstellungen

Baur, Fritz — Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Festschrift für Dölle Bd. I 1963 S. 249

Barz, Carl-Hans — Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personengesellschaften, JW 1938, 490

Boehmer, Gustav — Der Übergang des Pflichtenlebens des Erblassers auf den Erben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. III S. 216 Berlin u. Leipzig 1929

Erbfolge und Erbenhaftung Halle 1927

Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung Bd. II 1. Halbband Tübingen 1951

Buchwald, Friedrich	Gesellschaftsanteil und Erbrecht AcP 154, 22
Dietrich, Hugo	Anmerkung zu RGZ 170, 392 Deutsches Recht 1943, 807
Donner, Günther	Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmannes, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, DNotZ 1944, 143
Erman, Walter	Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag 1965 Bd. I, 277
Fischer, Robert	Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts, BB 1956, 839
	Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH GmbH-Rundschau 1952, 113
Geßler, Ernst	Ausschluß des Kündigungsrechtes bei Personengesellschaften Soziale Praxis 1939, 670
	Die Lebensdauer der Personengesellschaften, Soziale Praxis 1938, 1173

v. Gierke, Julius	Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Festgabe für Wieland, 97
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht Bd. I Leipzig 1895
	Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung Berlin 1887
v. Godin, Freiherr Reinhard	Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949
Hallermann, Hermann	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personengesellschaft, Diss. Münster 1954
Heins, Valentin	Betrachtungen zum Recht der offenen Handelsgesellschaft zugleich eine Besprechung des neuen Buches von Hueck NJW 1948, 252
Heitzer, J.	Beteiligung ohne Stimmrecht GmbH-Rundschau 1952, 129
Höhn, Rudolf	Wiederaufleben der aufgelösten offenen Handelsgesellschaften Diss. Jena 1934
Holch, Georg	Testamentsvollstreckung an einer offenen Handelsgesellschafterbeteiligung DNotZ 1958, 282

Hueck, Alfred	Anm. zu BGHZ 3, 354 JZ 1952, 115
	Anm. zu einem Urteil des LG Bremen NJW 1954, 477
	Anm. zu einem Urteil des BGH vom 22.2.1960 JZ 1960, 491
	Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft ZHR 125, 1
	Die Übertragung von Geschäftsanteilen ZHR 83, 1
	Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 62 S. 700
Jonen, August	Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters Rechtswissenschaftl. Studien, Berlin 1921
Köster, Hans	Die Stellung des als Vorerbe eingesetzten überlebenden Ehegatten bei nicht fortgesetzter Gütergemeinschaft DNotZ 1953, 246
Kohler, Josef	Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, ZHR 74, 456

Kohler, Josef	Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person Archiv für bürgerliches Recht 40, 229
Liebisch, Arnold	Über die Rechtsstellung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters ZHR 116, 128
Möhle, Fritz	Die Personengesellschaft 2. Aufl. Stuttgart 1957
Nordemann, Wilhelm	Zur "Testamentsvollstreckung" an Handelsgeschäften und Personengesellschaften, NJW 1963, 1139
Petersen, A.	Zur Gestaltung von gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel und letztwilliger Verfügung bei der Nachfolge von Erben in eine offene Handelsgesellschaft, BB 1963, 331
Potthoff - Zintzen Erich Heinrich	Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften 2. Aufl. Köln u. Opladen 1953
Raape, Leo	Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB, Berlin 1908
Rehlinger, Karin	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei den Personengesellschaften Diss. Hamburg 1958

Richardi, Reinhard	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin u. Frankfurt/Main 1961
Römer, Peter	Nachfolge und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechtes im Erbfall, Berlin 1963
Schlicht	Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)? NJW 1954, 984
Schneider - Martin Herbert Gustav	Familienunternehmen und Unternehmertestament 4. Aufl. Heidelberg 1963
Siebel, Ulf	Erschwerte Kündigung bei offener Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft DNotZ 1954, 71
Siebert, Wolfgang	Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personalgesellschaften, StbJB 1955/56, 300.
	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. Karlsruhe 1958 (zit. Siebert S...)
	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters Festschrift für Hueck zum 70. Geburtstag 1959, 321

Siebert, Wolfgang	Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft NJW 1955, 809
Sommer	Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937
Steiner, Herbert	Die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft, Tübingen 1950
Vits, Hans-Joachim	Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft Diss. Münster 1964
Weiler, Ferdinand	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers DNotZ 1952, 283
Weipert, Otto	Anmerkung zu BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB, JR 1954, 60
Wolf, Heinz	Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen offenen Handelsgesellschafters NJW 1954, 1549

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater
Bayr. ObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
E	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
JMBl für NRW	Justiz-Ministerial-Blatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes herausgegeben von Lindenmaier-Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitung
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechtes

Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Seuff.A	Seufferts Archiv für Entscheidungen des obersten Gerichts in den deutschen Staaten
StbJB	Steuerberater-Jahrbuch
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

Einleitung

Nach § 2100 BGB kann der Erblasser "einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist." Hiermit ist dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet, zwei zeitlich aufeinanderfolgende Erben zu bestimmen: den Vorerben und den Nacherben. Mit dem Tode des Erblassers geht dadurch der Nachlaß zunächst auf den Vorerben über, dessen Erbenstellung bis zu dem von dem Erblasser bestimmten Zeitpunkt der Nacherbfolge dauert. Tritt dieser ein, so fällt die Erbschaft dem Nacherben an.

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft an den Gesellschafterstellungen in Personenhandelsgesellschaften wird in den §§ 2100 ff. BGB nicht besonders behandelt. Für den Erblasser einer solchen Gesellschafterstellung kann sie aber von großem Interesse sein: die Einsetzung eines Nacherben bietet sich ihm als Mittel dazu an, das Schicksal seines in der Gesellschafterstellung verkörperten Vermögens auf längere Zeit als über den eigenen Tod hinaus zu bestimmen. Die Frage, in welchem Umfang und mit welchem Erfolg hierzu das Vor- und Nacherbschaftsrecht auf die Gesellschafterstellung in einer Personenhandelsgesellschaft angewandt werden kann, bildet den Gegenstand dieser Arbeit. Dafür soll zunächst die Vor- und Nacherbschaftsanordnung über die Gesellschafterstellung eines offenen Handelsgesellschafters untersucht werden.

Daran anschließend sollen dann die Unterschiede aufgezeigt werden, die sich für die Vor- und Nacherbschaft an der Kommanditistenstellung ergeben.

Erstes Kapitel
Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer offenen Handelsgesellschaft.

Vor der Erörterung der Frage einer Vor- und Nacherbschaftsanordnung über die Gesellschafterstellung eines offenen Handelsgesellschafters bedarf es eines kurzen allgemeinen Überblicks über rechtliche Konstruktion und Bedeutung des Vor- und Nacherbschaftsrechts.

A. Das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft.

Der Nacherbe ist weder Erbe des Vorerben, noch sind beide Miterben, sondern jeder von ihnen ist für die Zeit seiner Erbenstellung Alleinerbe des Erblassers. Wie der Erbfall selbst bewirkt auch der Eintritt der Nacherbfolge eine erbrechtliche Nachfolge in das Vermögen des Erblassers. Vor- und Nacherbe sind daher beide dessen Gesamtrechtsnachfolger. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vor- und dem Nacherben regelt das BGB durch besondere Vorschriften, ohne dabei wie frühere Rechte und auch noch der erste Entwurf zum BGB[1] auf den Nießbrauch Bezug zu nehmen. Grundlage dieser Regelung ist das beiderseitig echte Erbrecht des Vor- und Nacherben, wobei als theoretischer Ausgangspunkt für die Stellung des Vorerben dessen auflösend bedingte bzw. durch einen Endtermin zeitlich begrenzte Rechts-

---

[1] E I § 1815

inhaberschaft anzusehen ist (§§ 158 Abs. 2, 163 BGB).[2)]

I. Die Rechtsstellung des Vorerben.

Da der Vorerbe nicht nur Nießbraucher sondern Eigentümer der Nachlaßgegenstände ist, steht ihm für die Zeit seines Erbrechtes neben Verwaltung und Nutzung der Erbschaft auch die Verfügungsmacht über die zu ihr gehörenden Gegenstände zu. Die zeitliche Begrenzung der Rechtsinhaberschaft des Vorerben müßte nach §§ 158 Abs. 2, 163 BGB an sich zur Folge haben, daß auch seine Verfügungen über Erbschaftsgegenstände derselben zeitlichen Beschränkung unterliegen, also mit dem Eintritt der Nacherbfolge unwirksam werden. Durch § 2112 BGB ist die Verfügungsmacht des Vorerben aber dahin erweitert, daß er grundsätzlich Verfügungen mit Wirkung gegenüber dem Nacherben treffen kann. Diese Verfügungsmacht des Vorerben ist nur für besondere Geschäftsfälle eingeschränkt: § 2113 BGB bestimmt, daß Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Grundstücksrechte (Abs. 1) und ferner alle unentgeltlichen Verfügungen (Abs. 2) mit dem Eintritt der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen. Unter denselben Voraussetzungen werden außerdem Verfügungen über Erbschaftsgegenstände unwirksam, die im Wege einer Zwangsvollstreckung erfolgt sind, sofern mit der Zwangsvollstreckung nicht der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein auch dem Nacherben gegenüber wirksames Recht an einem Erbschaftsgegenstand geltend gemacht wird. Damit durch die Verfügungsbeschränkungen die ordnungsgemäße Verwaltung der Erbschaft

---

2) Planck-Flad Vor § 2100 Anm. 3, Staudinger-Seybold Vor § 2100 Rdnr. 4, Mot. V 114, Prot. V 91.

nicht behindert wird, ist der Nacherbe nach § 2120 BGB verpflichtet, solchen Verfügungen zuzustimmen, die zu ordnungsgemäßer Nachlaßverwaltung erforderlich sind.

II. Die Rechtsstellung des Nacherben.

Das Recht des Nacherben bildet bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Kehrseite der auflösend bedingten Rechtsinhaberschaft des Vorerben. Der Nacherbe erwirbt schon mit dem Erbfall ein festes Recht auf die Nacherbfolge, das ein Anwartschaftsrecht auf den künftigen Anfall der Erbschaft darstellt.[3] - Über die dem Vorerben nach § 2113 BGB auferlegten Verfügungsbeschränkungen hinaus stehen dem Nacherben zur Sicherung dieser Anwartschaft eine Reihe besonderer Befugnisse gegenüber dem Vorerben zu: er kann von dem Vorerben verlangen, zur Erbschaft gehörende Inhaberpapiere mit der Bestimmung zu hinterlegen oder umschreiben zu lassen, daß der Vorerbe nur mit seiner Zustimmung über sie verfügen kann (§§ 2116 f. BGB). Nach §§ 2121 f. BGB hat er das Recht auf Erstellung eines Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände und auf Feststellung ihres Zustandes. Für den Fall einer drohenden oder bereits eingetretenen Gefährdung seines Erbrechtes durch den Vorerben hat der Nacherbe die Möglichkeit, Auskunft über den Erbschaftsbestand (§ 2127 BGB), Sicherheitsleistung (§ 2128 BGB) oder die Bestellung eines Verwalters über das Erbschaftsgut (§§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB) zu verlangen. Diese Kontrollrechte des Nacherben und auch die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben sind jedoch nicht zwingender Natur; der Erblasser kann den Vorerben von ihnen bis auf die Beschränkung in unentgeltlichen Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 BGB) i.

---

3) RGZ 83, 253; 139, 347; BGH NJW 1963, 1150; Staudinger-Seybold § 2100 Rdnr. 11, Palandt-Keidel Einf. v. § 2100 Anm. 4, Soergel Ehard-Eder Vor § 2100 Rdnr. 3, BGB-RGRK § 2100 Anm. 11.

dem Maße befreien, wie er ihn in den vollen Genuß der Erbschaft bringen möchte (§ 2136 BGB).

Nach dem Eintritt der Nacherbfolge ist der Vorerbe dem Nacherben zur Herausgabe der Erbschaft in dem Zustande verpflichtet, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsgemässen Verwaltung ergibt (§ 2130 BGB). Soweit der Vorerbe diese Verpflichtung verletzt hat, hat der Nacherbe gegen ihn Ersatzansprüche nach den §§ 2130 ff. BGB.

III. Die Bedeutung des Vor- und Nacherbschaftsrechtes.

Die Bedeutung des Institutes der Vor- und Nacherbschaft liegt darin, daß ein nur vorläufiger Erwerber der Erbschaft selbständiger Herr des Nachlasses werden kann, dem ein eigenes Verwaltungs- und Verfügungsrecht zusteht. Hierin zeigt sich der entscheidende Unterschied zum Nießbrauch an einer Erbschaft. Durch besondere dem Vorerben auferlegte Beschränkungen und dem Nacherben gegebene Kontrollrechte wird dabei trotzdem erreicht, daß der Nachlaß in seiner wesentlichen Substanz für den Nacherben erhalten bleibt.

Diese Möglichkeit der Bindung des Vermögens in der Hand des auf den Erblasser folgenden Inhabers bildet - besonders bei einem Familienvermögen - den großen Anreiz zur Einsetzung von Vor- und Nacherben. Dabei kommt oft ein gewisses Mißtrauen des Erblassers gegenüber seinem Erben zum Ausdruck, daß dieser das ererbte Vermögen nicht von sich aus zusammenhalten und später nicht seiner Familie weiter vererben werde. Ohne ihn aber deswegen gänzlich von der Erbfolge ausschließen und ihm ein Nießbrauchsvermächtnis (§§ 2147, 1089 BGB) aussetzen zu müssen, kann der Erblasser einem solchen Erben die Vorteile des Vermögens durch die Einsetzung zum unbefreiten Vorerben zuwenden.

B. Die Gesellschafterstellung eines offenen Handelsgesellschafters als Gegenstand einer Vor- und Nacherbschaftsanordnung.

Die nur zeitweilige Zuwendung des Vermögens an einen anderen als den endgültigen Erben kann auch für den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von großem Interesse sein. Dafür braucht nur an den Fall gedacht zu werden, daß der für die Nachfolge in die Gesellschaft bestimmte Sohn des zu beerbenden Gesellschafters noch zu jung für die Mitarbeit in der Gesellschaft ist und deswegen zunächst die Ehefrau des Gesellschafters nach dessen Tod Gesellschafterin werden soll. Es kann aber auch sein, daß der Erblasser einerseits seiner Ehefrau zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes die Gesellschafterstellung zuwenden will, andererseits aber zugleich festlegen möchte, daß nach dem Tode der Ehefrau oder schon im Falle ihrer Wiederheirat sein Sohn Gesellschafter wird. Zur Durchsetzung dieser Pläne des Erblassers könnte die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft die rechtliche Form der zeitweiligen Zuwendung der Gesellschafterstellung bilden. Die Ehefrau könnte zur Vorerbin ohne die nach § 2136 BGB möglichen Befreiungen und der Sohn zum Nacherben eingesetzt werden.

Da die Vor- und Nacherbeneinsetzung aber nur den Nachlaß betreffen kann, unterfällt die Gesellschafterstellung ihr nur, wenn sie beim Tode des Erblassers zum Nachlaßbestandteil wird. Für die Vor- und Nacherbfolge an der Gesellschafterstellung in einer offenen Handelsgesellschaft ist deshalb Voraussetzung, daß die Gesellschafterstellung des Erblassers durch dessen Erben fortgesetzt wird und daß diese Fortsetzung kraft Erbrechtes erfolgt.

I. Das rechtliche Schicksal der Gesellschafterstellung nach der gesetzlich vorgesehenen Regelung.

Das Gesetz sieht in § 131 Ziff. 4 HGB als regelmäßige Folge des Todes eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vor. Der Erbe des verstorbenen Gesellschafters nimmt daher nur an der aufgelösten Gesellschaft teil; insofern wird zwar die Gesellschafterstellung des Erblassers von ihm eingenommen. Von einer echten Fortsetzung der Gesellschafterstellung des Erblassers kann dabei jedoch nicht gesprochen werden; denn durch die Auflösung der Gesellschaft hat sich deren Zweckrichtung geändert. Sie ist nun keine offene Handelsgesellschaft mehr, sondern ist zur Liquidationsgesellschaft geworden.[4] Die offene Handelsgesellschafterstellung des Erblassers endet dadurch mit dessen Tod. Die Möglichkeit ihrer Zugehörigkeit zum Nachlaß ist im Falle des § 131 Ziff. 4 HGB ausgeschlossen.

Die in § 131 Ziff. 4 HGB enthaltene Regelung ist indessen nicht zwingend. Zur Erhaltung des in der offenen Handelsgesellschaft verkörperten Unternehmens kann der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters bestimmen; diese Fortsetzung ist auf zweierlei Weise möglich: dem Erben kann das Recht eingeräumt werden, nach eigenem Ermessen in die Gesellschaft einzutreten (Eintrittsklausel)[5], es kann aber auch bestimmt werden, daß die Gesellschaft vom Tode des Gesellschafters an mit dessen Erben

---

4) Schlegelberger-Geßler § 131 Rdnr. 23, Ritter § 131 Anm. 6, Hueck § 23 II 4.

5) Der Begriff stammt von Siebert S. 12.

fortgeführt wird (Nachfolgeklausel).[6]

II. Die Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch den Erben im Falle einer Eintrittsklausel.

Durch eine Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag wird die offene Handelsgesellschaft über den Tod eines Gesellschafters hinaus erhalten;[7] trotzdem erlischt aber die Gesellschafterstellung des verstorbenen Gesellschafters und wandelt sich in einen dem Erben zustehenden Abschichtungsanspruch.[8] Der Erbe hat lediglich die Möglichkeit, aufgrund seines Eintrittsrechtes (§ 328 BGB) Gesellschafter zu werden. Dadurch wird jedoch nicht die Gesellschafterstellung des Erblassers von dem Erben fortgesetzt; die Gesellschafterrechte werden vielmehr mit dem Eintritt des Erben in dessen Person neu begründet.[9] Bei diesem auf der Eintrittserklärung des Erben beruhenden Erwerb der Gesellschafterstellung läßt sich allenfalls von einem mittelbaren Übergang der Gesellschafterstellung des Erblassers auf den Erben sprechen.[10] Seine Grundlage liegt aber nicht im Erbrecht, sondern in der nicht zum Nachlaß gehörenden Eintrittsberechtigung des Erben. Damit fehlt es auch bei Vorliegen einer Eintrittsklausel an einer erbrechtlichen Nachfolge in die Gesellschafterstellung des Erblassers.

---

6) wie Fußnote 5).

7) Hueck § 28 II 1 a Fußn. 5, Siebert S. 13, Schlegelberger-Geßler § 138 Rdnr. 24, § 139 Rdnr. 5, Weipert § 139 Anm. 3

8) Siebert S. 13.

9) Staudinger-Boehmer § 1922 Rdnr. 162, Staudinger-Geiler-Kessler § 727 Rdnr. 14.

10) Richardi S. 2.

III. Die Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch den Erben im Falle einer Nachfolgeklausel.

Anders ist die Rechtslage beim Tode des Gesellschafters, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit dem Erben durch eine Nachfolgeklausel regelt. Der Erbe rückt in diesem Falle beim Tode seines Erblassers ohne besondere Eintrittserklärung in die Gesellschafterstellung ein. Wenn dieser unmittelbare Übergang der Gesellschafterstellung von dem Erblasser auf den Erben als erbrechtlicher Vorgang erklärt werden kann, so ist aus erbrechtlicher Sicht auch eine Vor- und Nacherbschaftsanordnung über die Gesellschafterstellung möglich. Gesellschaftsrechtlich wird dann der Erfolg der Vor- und Nacherbschaftsanordnung nur noch davon abhängen, daß die Nachfolgeklausel des konkreten Gesellschaftsvertrages nicht nur die einfache Beerbung eines Gesellschafters sondern auch die doppelte Erbfolge durch Vor- und Nacherben deckt.

Nach § 1922 BGB geht das Vermögen des Erblassers auf den Erben über. Da die Gesellschafterstellung neben ihren Vermögensrechten umfangreiche persönliche Rechte und Pflichten des Gesellschafters enthält, wurde sie früher für unvererblich gehalten. Ihr Übergang auf den Erben wurde als kraft § 139 HGB eintretende Folge der Nachfolgeregelung im Gesellschaftsvertrag angesehen.[11] Die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages sollte danach den Verfügungsbestandteil der Übertragung bilden, für den das Erbrecht nur noch die Bedeutung der Bestimmung des durch die Nachfolgeregelung Begün-

---

11) Goldmann § 139 Rdnr. 8, Lehmann-Ring § 139 Nr. 2 ("Eine Universalsukzession in die Stellung eines Mitgliedes der oHG ist ein innerer Widerspruch"), RGZ 16, 56 ff., Staudinger-Boehmer 10. Aufl. § 1922 Anm. 162, Hallermann S. 115, KG JW 1933, 118; RGZ 153, 277 läßt die Frage offen.

stigten hat.[12]

Diese Deutung der Funktion der Nachfolgeklausel stößt indessen auf kaum lösbare Schwierigkeiten. Die Nachfolgeklausel müßte danach als ein durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingter Verfügungsvertrag zugunsten des Erben angesehen werden. Selbst wenn man die Möglichkeit eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter generell anerkennt,[13] ist ein solcher Verfügungsvertrag hier jedoch nicht zulässig, da der durch ihn begünstigte Erbe mit der an ihn verfügten Gesellschafterstellung nicht nur deren Rechte sondern auch die Pflichten eines offenen Handelsgesellschafters erhalten würde. Die Nachfolgeklausel würde also als aufschiebend bedingter Verfügungsvertrag gesehen einen unzulässigen Vertrag zu Lasten des Erben darstellen.[14] Außerdem spricht gegen eine solche Konstruktion, daß durch sie der gesamte Wert der Gesellschafterstellung den Nachlaßgläubigern entzogen würde, und daß er auch für die Berechnung von Pflichtteilen und für die Auseinandersetzung einer Miterbengemeinschaft nicht in Ansatz gebracht werden könnte.[15] Das würde aber ein nicht zu billigendes Ergebnis sein. Die Wirkungen der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag müssen vielmehr so entwickelt werden, daß der durch das Prinzip der Universalsukzession gewährleistete Schutz der Interessen der Miterben und Nachlaßgläubiger auch in Bezug auf die Gesellschafterstellung des Erblassers erhalten bleibt.

---

12) Hallermann S. 103, 106.

13) dazu: Larenz Bd. I S. 160, Westermann § 3 II 4, Enneccerus-Lehmann § 34 VI, Soergel-Schmidt Vor § 328 Rdnr. 3.

14) Siebert S. 17, Liebisch ZHR 116, 128 (130 ff.), a.A. Weiler DNotZ 1952, 289.

15) LG Bremen NJW 1955, 477 (478), Hallermann S. 115, Siebert NJW 1955, 809 (810).

Dazu muß der Übergang der Gesellschafterstellung auf den Erben als erbrechtlicher Vorgang erklärt werden. Einen solchen erbrechtlichen Vorgang setzt die Vorschrift des § 139 HGB voraus; von der neueren Lehre und Rechtsprechung wird er auch als solcher anerkannt.[16] Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag eröffnet hiernach die Möglichkeit zur Vererbung der Gesellschafterstellung, während ihr Erwerb und die Bestimmung des Erben auf dem Erbrecht beruhen.

Die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung durch dieses Zusammenspiel der Klausel im Vertrag mit dem Erbrecht wird indessen nicht ganz uneingeschränkt anerkannt. Es wird vertreten, daß nur die vermögensrechtlichen Bestandteile der Gesellschafterstellung durch das Ineinandergreifen von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht kraft Erbrechtes (§ 1922 BGB) übergehen könne, während die persönlichkeitsbezogenen gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Erblassers mit dessen Tode erlöschen und in der Person des Erben neu entstehen sollen.[17] Nach dieser Ansicht teilt sich die Gesellschafterstellung im Augenblick des Erbfalles: ihre Vermögensrechte fallen in den Nachlaß,und der Erwerb ihrer personenrechtlichen Bestandteile durch den Erben baut auf dem erbrechtlichen Übergang der Vermögensrechte auf. Es läßt sich nun aber nicht recht einsehen, warum die personenrechtliche Stellung des Gesell-

---

16) Kipp-Coing § 91 IV 4 d, Siebert S. 19 f., Staudinger-Boehmer § 1922 Rdnr. 162, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 5, Liebisch ZHR 116, 128 (130 ff.), BGHZ 22, 186 (191).

17) Schlicht NJW 1954, 984 ff., Wolf NJW 1954, 1549, Donner DNotZ 1944, 143 (150).

schafters als so eng mit ihrem Träger verbunden betrachtet werden soll, daß sie bei dessen Tod erlöschen muß, wenn sie sich schließlich auf dem Umweg über ihrer an den Vermögenserwerb anschließende Neuentstehung doch in der Person des Erben wiederfindet.[18] Es erscheint folgerichtiger, die personenrechtlichen Bestandteile nicht von den vermögensrechtlichen - unter gleichzeitiger mittelbarer Bindung an sie - zu trennen, sondern die Gesellschafterstellung personen- und vermögensrechtlich einheitlich zu behandeln und ihren Erwerb durch den Erben als uneingeschränkt erbrechtlichen Vorgang anzuerkennen.[19] Zwar spricht § 1922 BGB nur vom Übergang des "Vermögens" auf den Erben und trifft damit nicht unmittelbar die personenrechtlichen Bestandteile der Gesellschafterstellung. Aus dieser Fassung kann aber trotzdem kein durchgreifendes Bedenken gegen den erbrechtlichen Übergang auch des personenrechtlichen Teiles der Gesellschafterstellung abgeleitet werden. Der Fassung des § 1922 BGB läßt sich nämlich nicht entnehmen, daß mit dem Übergang des "Vermögens" der Inhalt der Erbfolge völlig erfaßt sein soll.[20] Die Motive zu dieser Vorschrift zeigen, daß man sich darüber klar war, der Erbfolge in dem Übergang des Vermögens keinen ganz vollständigen Ausdruck zu geben.[21] Die Beschränkung des § 1922 BGB auf das Vermögen als den wichtigsten Gegenstand der Erbfolge schließt deshalb nicht aus, auch nicht vermögensmäßige Rechte als der Erbfolge fähig zu betrachten.[22] Solche Rechte unterliegen der Erbfolge, sofern sie sich auf das nach

---

18) Weiler DNotZ 1952, 283 (288), Richardi S. 6.

19) Siebert NJW 1955, 809 (810 Anm. 8), Kipp-Coing § 91 IV 4 d Anm. 44 a.

20) Staudinger-Boehmer Vorbem. zu § 1922 Rdnr. 3, § 1922 Rdnr. 149.

21) Mot. V S. 2; Kipp-Coing § 91 II 2.

22) Siebert NJW 1955, 809 (810), Mot. V S. 2.

§ 1922 BGB übergehende Vermögen erstrecken und nicht ausschließlich personlichkeitsbezogen sind.[23] Der personenrechtliche Teil der Gesellschafterrechte dient der Führung der Gesellschaft und steht damit in engem Zusammenhang zu den vermögensrechtlichen Gesellschaftsbestandteilen. Andererseits wird durch die Nachfolgeklausel der ursprünglich höchstpersönliche Charakter der Gesellschafterrechte gerade für den Erbfall weitgehend gelockert. Dem Übergang der persönlichen Gesellschafterrechte kraft Erbrechtes stellt sich deshalb kein entscheidendes erbrechtliches Hindernis; auch er ist mit der in § 1922 BGB bestimmten Nachfolge des Erben in die vermögenswerten Güter des Erblassers zu erklären.[24]

Die Gesellschafterstellung gewinnt durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag die ihr ursprünglich wegen der persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter fehlende Eigenschaft der Vererblichkeit.[25] Als vererbliches Rechtsverhältnis wird sie als ganzes Nachlaßbestandteil. Sie unterliegt daher der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft und wird zunächst beim Erbfall von dem Vorerben und später beim Eintritt der Nacherbfolge von dem Nacherben erworben.

---

23) Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 3, Staudinger-Boehmer § 1922 Rdnr. 67.

24) Siebert NJW 1955, 809, (810).

25) Staudinger-Boehmer § 1922 Rdnr. 162, Staudinger-Geiler-Kessler § 727 Rdnr. 18, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 21, BGHZ 22, 186 (191), auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 9 u. 13, der die Gesellschafterstellung aber trotzdem nicht als Nachlaßgegenstand betrachtet (Anm. 22, 23).

C. Die Sicherung des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben.

Allein damit, daß die Gesellschafterstellung der Vor- und Nacherbfolge unterliegt, ist noch nichts über den durch deren Anordnung erreichbaren Erfolg gesagt. Mit der Einsetzung eines Vorerben, der nicht von den in § 2136 BGB aufgezählten Beschränkungen befreit ist, will der Erblasser regelmäßig die Erhaltung seines Vermögens für den Nacherben sichern. Das wird im allgemeinen durch die dem Nacherben zustehenden Kontrollrechte und durch Einschränkungen der Verfügungsmacht des Vorerben erreicht. Ob sich hierdurch auch der in der Gesellschafterstellung verkörperte Vermögenswert wirksam für den Nacherben erhalten läßt, wird sich daraus ergeben, in welchem Ausmaß der Vorerbe bezüglich seiner Gesellschafterstellung diesen erbrechtlichen Beschränkungen unterliegt.

I. Die Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben.

Durch die erbrechtliche Nachfolge erwirbt der Vorerbe alle gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Erblassers. Er ist dadurch wie jeder Gesellschafter gesamthänderischer Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens, haftet für Gesellschaftsschulden (§ 128 HGB) und hat das Recht zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, soweit auch der Erblasser hierzu befugt war.[26)]

---

26) Nur dem Erblasser wegen besonderer persönlicher Qualitäten eingeräumte Sonderrechte gehen nicht auf den Erben über, vgl. Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 22, Hueck § 28 II 1 b.

Die gesellschaftliche Vertretungsmacht deckt auch Verfügungen des Gesellschafters über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens; außerdem kann der Gesellschafter in bestimmtem Umfang Verfügungen über die Gesellschafterstellung selbst treffen. Es fragt sich deshalb, inwieweit die Verfügungsmacht des Vorerben in diesen Fällen von ihm durch die Nacherbeneinsetzung auferlegten Verfügungsbeschränkungen betroffen wird.

1. Die Anwendbarkeit der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Verfügungen über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens.

Die Vorschriften der §§ 2113 f. BGB beschränken die Rechtsmacht des Vorerben für Verfügungen über zur Erbschaft gehörende Grundstücke, Grundstücksrechte und Schiffsbauwerke, sowie für alle unentgeltlichen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände. Nach §§ 2116 - 2118 BGB kann der Nacherbe durch das Recht, die Hinterlegung oder Umschreibung zu fordern, weiterhin eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben über zur Erbschaft gehörende Inhaberpapiere, blanko indossierte Orderpapiere und Buchforderungen gegen das "Reich" herbeiführen. Alle diese durch Verfügungsbeschränkungen für den Nacherben geschützten Gegenstände können dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft angehören. Wären auf Verfügungen des Vorerben über sie die §§ 2113 ff. BGB anwendbar, so wären diese im Falle des § 2113 BGB mit der Nacherbfolge und unter den in §§ 2116 ff. BGB beschriebenen Voraussetzungen von vornherein unwirksam, sofern der Nacherbe ihnen nicht zustimmt.

Vorbedingung für eine Anwendung der Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB auf Verfügungen des Gesellschafter-Vorerben über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ist, daß durch die Erbfolge in die Gesellschafterstellung und deren Zugehörigkeit zum Nach-

laß auch die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ihrerseits zu Nachlaßgegenständen werden; denn nur dann überhaupt kann es sich bei Verfügungen über sie um Verfügungen über zur Erbschaft gehörende Gegenstände im Sinne der §§ 2113 ff. BGB handeln.

Die Zugehörigkeit der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zum Nachlaß wird zum Teil in Konsequenz der Auffassung verneint, daß die durch die Nachfolgeklausel auf den Vorerben übergegangene Gesellschafterstellung selbst nicht zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehöre.[27] Diese nicht zu billigende Auffassung[28] schließt in der Tat von vornherein die Möglichkeit aus, die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens als Nachlaßgegenstände zu betrachten.

Das Landgericht Bremen[29] hat die Verpfändung gesellschaftseigener Hypotheken durch die als Vorerbin in die Gesellschaft nachgefolgte Witwe eines Gesellschafters als Verfügung über Erbschaftsgegenstände im Sinne des § 2113 Abs. 1 BGB angesehen. Es hat diese Entscheidung damit begründet, daß die Hypotheken im Gesamthandseigentum der Gesellschafter stehen und deshalb einen Teil des den Gesellschaftern gehörenden Gesellschaftsvermögens darstellen. Der dabei auf die Witwe des verstorbenen Gesellschafters entfallende Teil stehe ihr aber nicht kraft eigenen Rechtes sondern nur in ihrer Eigenschaft als Vorerbin des verstorbenen Gesellschafters zu. Des-

---

27) Staudinger-Seybold § 2113 Rdnr. 5, Soergel-Ehard-Eder § 2113 Rdnr. 2 beide im Anschluß an KG JR 1926 Nr. 2354.

28) siehe oben Seite 9 ff.

29) LG Bremen NJW 1954, 477.

halb müsse er den Bestimmungen des Vor- und Nacherbschaftsrechts unterliegen.

Die Entscheidung des Landgericht Bremen wird von Hueck[30] mit dem Hinweis kritisiert, daß an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen keine Rechte der einzelnen Gesellschafter bestehen, über die diese verfügen könnten. Die Verfügung über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens stehe ausschließlich der Gesellschaft als solcher zu. Deshalb könne die Verpfändung der Hypotheken nur als Verfügung der durch die Vorerbin als persönlich haftender Gesellschafterin vertretenen Gesellschaft angesehen werden, so daß es an einer Verfügung der Vorerbin selbst fehle.

In einer Entscheidung des Kammergerichts[31] wird die Frage der Nachlaßeigenschaft einer auf die Witwe eines Gesellschafters übergegangenen Gesellschafterstellung ausdrücklich offen gelassen. Das Kammergericht hält aber Verfügungen über die zum Gesamthandsvermögen der Gesellschafter gehörenden Grundstücke in jedem Falle für dem Nacherben gegenüber wirksam, da das Vermögen der Personengesellschaften des Handelsrechts ein den Gesellschaftern in ihrer Zusammenfassung zustehendes Sondervermögen bilde und dieses insoweit wie das Vermögen einer eigenen Rechtspersönlichkeit behandelt werde.

---

30) Hueck NJW 1954, 477.

31) OLG 46, 262 (265).

Die offene Handelsgesellschaft ist Gemeinschaft zur gesamten Hand und nicht juristische Person.[32] Die Gesellschafter sind daher in ihrer Gesamtheit Träger des gesamthänderischen Vermögens. Aus der Art ihrer Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens wird sich ergeben, ob diese beim Tode eines Gesamthänders als Nachlaßgegenstände zu betrachten sind. Das dazu gefundene Ergebnis muß dann aber für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 2113 ff. BGB auf Verfügungen über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens noch im Hinblick darauf untersucht werden, daß die offene Handelsgesellschaft durch die Vorschriften der §§ 124, 131 Nr. 3 HGB, § 209 KO weitgehend wie eine juristische Person behandelt wird.

Für das Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand gibt es keine gesetzliche Begriffsbestimmung; es kommt lediglich für die Personengesellschaften in den §§ 718 ff. BGB, § 105 Abs.2 HGB und für die anderen Gesamthandsgemeinschaften (eheliche Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft) entsprechend in den §§ 1419, 2033 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Nach der heute herrschenden Lehre von der ungeteilten Gesamtzuständigkeit aller Gesamthänder[33] bedeutet das Gesamthandsprinzip, daß das Gesamthandsvermögen den Gesamthändern in ihrer untrennbaren Verbun-

---

32) Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 28, Hueck § 3 IV, Weipert § 105 Anm. 32, Staub § 105 Anm. 8, RGZ 79, 146; 114, 93; 136, 270 u. 402; 141, 34; 165, 203. Die früher vertretene Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei (Kohler ZHR 74, 456 u. Archiv für bürgerl. Recht 40, 229, Wieland Bd. I 396 ff.) kann als endgültig abgelehnt betrachtet werden.

33) Soergel-Ehard-Eder § 2032 Anm. 1, Staudinger-Seybold § 2032 Anm. 6, Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 34, Weipert § 105 Anm. 34, Hueck § 16 II, Gierke Genossenschaftstheorie 339 ff.; Deutsches Pr. Recht I 663 ff. RGZ 54, 280; 56 209; 65, 232; 68, 412; 74, 9; 84, 110; 107, 171; KGJ 24, 111; 27, 277; 28, 252.

denheit zusteht. Diese Mitberechtigung aller ist ungeteilt. Die einzelnen Gesamthänder haben weder an den einzelnen Gegenständen noch an dem gesamten Vermögen einen rechnerisch bestimmbaren Anteil, sondern ihre Mitberechtigung an dem Gesamthandsvermögen ist eine jedem Gesamthänder zusammen mit den übrigen Gesamthändern zustehende Vollberechtigung, die lediglich durch deren gleichartige Mitberechtigung beschränkt wird. Diese Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht aber nicht nur an dem Inbegriff des Gesamthandsvermögens sondern auch an dessen einzelnen Gegenständen. Eine andere Vorstellung von der Art der Rechtsbeziehung zu den einzelnen Gegenständen ist nicht möglich; denn diese müssen auch für sich betrachtet jemandem zu Eigentum gehören. Das können aber, da das Gesamthandsvermögen kein eigenes Rechtssubjekt ist, nur die Gesamthandsberechtigten sein. Diese stehen deshalb zu jedem einzelnen Gegenstand in demselben Verhältnis, in dem sie zu dem Gesamthandsvermögen im ganzen stehen.

Mit dem Tode eines Gesamthänders fällt die Gesamthandsberechtigung in den Nachlaß. Da der Gesamthänder eine ungeteilte Vollberechtigung an jedem Gesamthandsgegenstand besitzt, in der er nur durch die gleiche Berechtigung der anderen Gesamthänder beschränkt ist, müssen die Gegenstände in einer zum Nachlaß gehörenden Gesamthandsbeteiligung als Nachlaßgegenstände betrachtet werden. Mit dieser Begründung wird ein Grundstück, das zu einem Nachlaß gehört, von dem ein Anteil in das Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft fällt, als zum Gesamtgut gehörig angesehen,[34] so daß bei der Aus-

---

34) BGB-RGRK § 1424 Anm. 4, KG JW 38, 3115, Güthe-Triebel § 33 Anm. 20, Erman-Bartholomeyczik § 1424 Anm. 3, Planck § 1445 Anm. 8.

einandersetzung der dieses Grundstück betreffenden Erbengemeinschaft die Zustimmung des nicht verwaltenden Ehegatten (§ 1424 BGB) notwendig ist. Ebenso wird das Grundstück einer Erbengemeinschaft, der ein minderjähriger Miterbe angehört, als Grundstück des Minderjährigen behandelt und deshalb bei einer Verfügung der Miterben über das Grundstück für den Vormund des Minderjährigen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nach § 1821 Ziff. 1 BGB für erforderlich gehalten.[35] Nur für den Fall, daß eine zur Vorerbin ihres verstorbenen Mannes eingesetzte Ehefrau über ein Grundstück verfügt, das Teil des Gesamtgutes der ehelichen Gütergemeinschaft ist, ist die Nachlaßeigenschaft des Grundstückes umstritten. Abgelehnt wird sie lediglich mit dem Hinweis darauf, daß nur der Anteil am Gesamtgut zum Nachlaß gehöre und daß deshalb vor einer Auseinandersetzung des Gesamtgutes kein Gesamtgutsgegenstand ein Nachlaßgegenstand sei.[36] Dieses Argument widerspricht der oben dargelegten Natur des Gesamthandsverhältnisses. Daß das Gesamthandsverhältnis dem Gesamthänder auch einen rechtlichen Anteil an jedem Gegenstand des Gesamthandsvermögens gibt, beweisen schon die Vorschriften der §§ 719, 1419, 2033 Abs. 2 BGB, durch die die Verfügungsmöglichkeit über den Anteil an einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens ausgeschlossen wird. Dieser Regelung bedürfte es überhaupt nicht, wenn ein solcher Anteil nicht bestehen sollte. Auch das zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehörende Grundstück ist deshalb, nachdem ein Ehegatte den anderen als Vorerbe beerbt hat, als Nachlaß-

---

35) Bayr. ObLG 20, 319 (320), Palandt-Lauterbach § 1821 Anm. 2, BGB-RGRK § 1821 Anm. 6, Soergel-Germer § 1821 Anm. 2, KGJ 38, 219.

36) BGHZ 26, 378 (382) unter Bezug auf RGZ 79, 345 (355); 136, 19 (21); BGB-RGRK § 2113 Anm. 2.

grundstück (§ 2113 BGB) zu behandeln.[37] Derselbe Schluß ist für den Fall gezogen worden, daß der Vorerbe eines offenen Handelsgesellschafters über eine der Gesellschaft gehörende Hypothek verfügt; die im gesellschaftlichen Gesamthandseigentum stehende Hypothek ist hier als Nachlaßgegenstand angesehen worden.[38] Ob deswegen allerdings die §§ 2113 ff. BGB wirklich auf Gegenstände, die sich im Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft befinden, angewandt werden können,[39] muß zweifelhaft erscheinen. Als Folge hiervon wären Verfügungen über die in den §§ 2113 ff. BGB genannten Gegenstände des Gesamthandsvermögens von vornherein (§§ 2116 ff. BGB) oder bei Eintritt der Nacherbfolge (§ 2113 BGB) unwirksam. Das beträfe nicht nur die von dem Gesellschafter-Vorerben selbst vorgenommenen Verfügungen sondern auch die der übrigen Gesellschafter; denn ein Gesellschafter vertritt bei im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Verfügungen nicht die Gesellschaft selbst sondern handelt für alle Gesellschafter.[40] Die Beschränkung der Verfügungsmacht des so vertretenen Gesellschafter-Vorerben würde sich deshalb in jedem Falle, auch wenn der Gesellschafter-Vorerbe nicht selbst handelt, auf Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände auswirken.

Dieses allein aus der Eigenschaft der offenen Handelsgesellschaft als Gesamthandsverhältnis abgeleitete Ergebnis bedarf jedoch noch

---

37) Köster DNotZ 1953, 246, Staudinger-Seybold § 2111 Rdnr. 7, Breslau OLG 24, 85.

38) LG Bremen NJW 1954, 477 zustimmend Schlicht NJW 1954, 984.

39) LG Bremen NJW 1954, 477 nimmt das an.

40) Hueck § 20 I Fußn. 2.

einer Prüfung an den sich der juristischen Person nähernden Besonderheiten der offenen Handelsgesellschaft. Um der offenen Handelsgesellschaft die für die Teilnahme am Handelsverkehr notwendige Handlungsfähigkeit und Beweglichkeit zu geben, ist bei ihr der Einheitsgedanke wesentlich stärker als bei anderen Gesamthandsgemeinschaft ausgeprägt. Die offene Handelsgesellschaft tritt im Rechtsverkehr als geschlossene Einheit unter ihrem Namen, der Firma, auf und kann unter diesem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 124 HGB). Dieser Einheitsgedanke liegt auch der Regelung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (§ 124 Abs. 2 HGB) und der Möglichkeit der Eröffnung eines selbständigen Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen (§ 209 KO, § 131 Nr. 3 HGB) zugrunde. Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft stellt sich durch diese Regelungen als Vermögensmasse von weitgehend eigenem rechtlichen Schicksal dar.[41] Diese weitgehende Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter läßt aber daran zweifeln, ob eine die Erbschaft eines Gesellschafters betreffende Verfügungsbeschränkung auch Gegenstände des Gesellschaftsvermögens erfassen kann. Die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft würde damit dem Zweck der rechtlichen Verselbständigung der offenen Handelsgesellschaft und ihres Vermögens zuwider eingeschränkt werden. Die von der Verfügungsbeschränkung erfaßten Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (Grundstücke, Grundstücksrechte, Inhaberpapiere) würden nämlich durch die Notwendigkeit der Zustimmung des Nacherben zu dauerhaft wirksamer Verfügung über sie praktisch für den Rechtsverkehr blockiert werden. Dieser Erfolg tritt zwar auch in anderen Fällen von Gesamt-

---

41) RGZ 136, 402 (405), BGH in WM 1957, 245 (247), Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 34.

handsverhältnissen ein, an denen ein nicht befreiter Vorerbe beteiligt ist. Die offene Handelsgesellschaft ist aber durch ihren Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, mehr als die übrigen Gesamthandsverhältnisse auf die Beweglichkeit ihrer Vermögensgegenstände angewiesen. Der Ausschluß der Möglichkeit, diese dauerhaft wirksam zu veräußern oder zu belasten, kann eine wesentliche Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und auch ihrer Kreditwürdigkeit bedeuten. Die durch die Anwendung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bewirkte Festlegung von wichtigen Vermögensgegenständen wäre eine für den Betrieb einer offenen Handelsgesellschaft nicht zumutbare Behinderung. Anders als für die oben[42] angeführten Gesamthandsfälle der Erbengemeinschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft können deshalb die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB auf Verfügungen über Gegenstände des Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft keine Anwendung finden.[43]

Daß eine solche auf den Zweck der offenen Handelsgesellschaft gestützte Argumentation nicht außergewöhnlich ist, zeigen die Fälle der Beteiligung Minderjähriger an Gesamthandsverhältnissen. Handelt es sich hierbei um eine Erbengemeinschaft, so wird zu Verfügungen über ein zu dieser gehörendes Grundstück für den gesetzlichen Vertreter allgemein die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB) für erforderlich gehalten.[44] Für den Fall der Beteiligung des Minderjährigen an

---

42) s. oben Seite 19 ff.

43) Im Ergebnis so OLG 46, 262 (265), Hueck Anm. zu LG Bremen NJW 1954, 477. a.A. LG Bremen NJW 1954, 477; Soergel-Ehard-Eder § 2113 Rdnr. 2, Staudinger-Seybold § 2113 Rdnr. 5, KG JR 1926 Nr. 2354, vgl. oben S. 16 f.

44) Palandt-Lauterbach § 1821 Anm. 2, BGB-RGRK § 1821 Anm.6, Soergel-Germer § 1821 Rdnr. 2, Bayr. ObLG 20, 319 (320) KGJ 38, 219.

einer offenen Handelsgesellschaft wird die Notwendigkeit der Genehmigung dagegen mit der Begründung verneint, daß die offene Handelsgesellschaft nicht dadurch, daß ihr ein Minderjähriger angehört, unter Vormundschaft oder Aufsicht stehen kann.[45] In gleicher Weise können aber auch Verfügungen über bestimmte Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht durch den Umstand, daß auf einen Gesellschafter dessen Vorerbe in die offene Handelsgesellschaft folgt, unter die Kontrolle des Nacherbenrechtes gestellt werden. Dieser Erfolg kann auch nicht mit der Überlegung gerechtfertigt werden, daß der Wille des Erblassers mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft gerade auf eine Einschränkung der Eigentümerrechte des Vorerben zielt. Der Wille des Erblassers kann nur insoweit Wirkungen äußern, als er die dem Erbrecht unterliegenden Rechte des Vorerben betrifft. Hier würde er sich aber nicht auf die Rechtsstellung des Vorerben beschränken sondern dadurch, daß er die Verkehrsfähigkeit von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens erschwert, die Interessen der Mitgesellschafter verletzen.

2. Verfügungen des Vorerben über die gesamte Gesellschafterstellung.

Die Befugnis des offenen Handelsgesellschafters zu Verfügungen über seine Stellung wird von der Eigenschaft der offenen Handelsgesellschaft als einer Personengesellschaft bestimmt und begrenzt: gesetzlich vorgesehen sind als Verfügungen, die ein Gesellschafter selbständig treffen kann, nur die Auflösung der Gesellschaft durch

---

45) Palandt-Lauterbach § 1821 Anm. 2, Hueck § 20 V 1 b, Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 54, § 125 Rdnr. 4, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 12, Weipert § 125 Anm. 6, RGZ 54, 278; 125, 380; 127, 344.

Kündigung oder obsiegende Kündigungsklage (§§ 131 Ziff. 6, 132, 133 HGB) und das Recht des Gesellschaftererben, unter den Voraussetzungen des § 139 Abs. 2 HGB sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären. Zu jeder anderen Verfügung über die Gesellschafterstellung bedarf ein Gesellschafter der Mitwirkung seiner Mitgesellschafter zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrages. Hierzu ist im Regelfall die vertragliche Einigung aller Gesellschafter über die Vertragsänderung notwendig. Falls aber der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Bestimmung enthält, können Änderungen des Gesellschaftsvertrages auch durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter vorgenommen werden.[46)]

Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Übertragung der Gesellschafterstellung ein, wenn der Gesellschaftsvertrag diese Möglichkeit für die Gesellschafter vorsieht. Der einzelne Gesellschafter kann die Gesellschafterstellung dann zwar ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter übertragen. Tatsächlich handelt es sich jedoch um eine Verfügung aller Gesellschafter. Die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter ist lediglich durch die besondere Regelung des Gesellschaftsvertrages vorweggenommen. Der übertragende Gesellschafter schließt dadurch den Übertragungsvertrag zwar für sich selbst in eigenem Namen zugleich aber auch für seine Mitgesellschafter, für die er entweder als Ermächtigter oder als Vertreter auftritt.[47)]

---

46) RGZ 151, 327; Weipert § 119 Anm. 11, Staudinger-Geiler-Kessler § 709 Rdnr. 9, Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 709, Hueck § 11 IV.

47) vgl. Hueck § 27 II 2 ff., Schlegelberger-Geßler § 130 Rdnr. 13, BGHZ 13, 179 (184).

In den Vorschriften über die Befugnisse und Verfügungsbeschränkungen des Vorerben werden Verfügungen über eine zur Erbschaft gehörende Gesellschafterstellung nicht erwähnt. Lediglich eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben über sie würde unter § 2113 Abs. 2 BGB fallen und deshalb mit dem Eintritt der Nacherbfolge unwirksam werden. Die Nichtbehandlung der Gesellschafterstellung in den §§ 2113 ff. BGB legt den Schluß nahe, daß der Vorerbe über sie wie über alle anderen in den §§ 2113 ff. BGB nicht besonders erwähnten Erbschaftsgegenstände frei verfügen kann. Die Gesellschafterstellung, die häufig den wesentlichen Teil des Nachlasses eines Gesellschafters bidlet, ginge dadurch zum Beispiel im Falle eines Ausscheidens des Vorerben aus der Gesellschaft für den Nacherben verloren. Zwar würde der bei einem Ausscheiden des Vorerben entstehende Abschichtungsanspruch als aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworben kraft Surrogation (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB) zum Nachlaß gehören und daher dem Nacherben bei Eintritt der Nacherbfolge zufallen. Der Sinn einer Anordnung von Vor- und Nacherbschaft über die Gesellschafterstellung wird aber regelmäßig sein, daß der Nacherbe die Gesellschafterstellung selbst und nicht nur deren in dem Abschichtungsanspruch zum Ausdruck gekommenen Wert als Surrogat erwirbt. - Dem gegenüber fällt auf, daß nach der Regelung der §§ 2113 ff. BGB alle anderen den wirklichen Wert eines Nachlasses ausmachenden Vermögensgegenstände zum Schutze ihres Erwerbes durch den Nacherben einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben unterfallen. Es scheint deshalb angezeigt, die Möglichkeit zu untersuchen, ob sich für den Nacherben bezüglich seiner künftigen Gesellschafterstellung ein ähnlicher Schutz finden läßt. Ein solcher Schutz könnte sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 2113 ff. BGB auf die Gesellschafterstellung des Vorerben ergeben.

Die entsprechende Anwendung von Rechtsvorschriften auf nicht geregelte Tatbestände ist im Zivilrecht grundsätzlich möglich. Sie hat ihren Ausgangspunkt entweder in einem einzelnen Rechtssatz oder in einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften. Ihnen wird unter Ausscheidung der unwesentlichen Voraussetzungen ein Grundgedanke entnommen, der dann auf Fälle übertragen wird, die dem gesetzlich geregelten Fall in dem für den Grund der Regelung maßgeblichen Teil gleichen. Im Einzelfall hängt die Berechtigung einer entsprechenden Anwendung davon ab, daß sich die Fälle nur in unwesentlichen, den Grundgedanken der anzuwendenden Rechtsvorschrift nicht betreffenden Punkten unterscheiden. Andererseits darf ihr nicht ein sogenannter Umkehrschluß entgegenstehen; das heißt: der Fassung des infrage stehenden Rechtssatzes darf nicht entnommen werden können, daß das Gesetz die getroffene Normierung auf den genau umgrenzten Tatbestand beschränken und damit eine entsprechende Anwendung auf ähnliche Fälle ausschließen wollte.[48)]

Danach ist eine entsprechende Anwendung der in §§ 2113 ff. BGB geregelten Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung zulässig, wenn der ihnen zugrunde liegende erbrechtliche Gedanke auch für den Fall von Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung zutrifft, und wenn die Gesellschafterstellung nicht bewußt von den in §§ 2113 ff. BGB bestimmten Beschränkungen ausgenommen geblieben ist. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wird aber die Berechtigung der entsprechenden Anwendung der §§ 2113 ff. BGB weiterhin noch daran zu prüfen sein, ob durch sie das erstrebte Ziel eines Schutzes des

---

48) Enneccerus-Nipperdey § 58 II 1-4, Boehmer Grundlagen 167 ff., Staudinger-Brändl Bd. I Einl. VII.

Nacherbenrechtes an der Gesellschafterstellung auch tatsächlich erreicht werden kann. Den Anlaß zu dieser Frage gibt der vorliegende Fall durch die unterschiedliche rechtliche Natur der in den §§ 2113 ff. BGB ausdrücklich geschützten Gegenstände einerseits und der Gesellschafterstellung andererseits. Nur wenn trotz der rechtlichen Verschiedenheit des zu schützenden Gegenstandes ein dem Interesse des Nacherben entsprechender Schutz der Gesellschafterstellung erzielt wird, ist eine Anwendung der §§ 2113 ff. BGB auf sie berechtigt; denn alleiniger Zweck und daher selbstverständliche Voraussetzung jeder entsprechenden Anwendung von Rechtsvorschriften ist, dem Schutzbedürfnis eines nicht geregelten Falles wirklich abzuhelfen und zu einem befriedigenden Ergebnis zu führen.[49] Kann dies trotz Übereinstimmung des anzuwendenden Rechtsgedankens mit dem nicht geregelten Fall aus besonderen Gründen nicht erreicht werden, so fehlt der entsprechenden Anwendung ihr Sinn.

a) Die erbrechtliche Rechtfertigung einer entsprechenden Anwendung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung.

Besonders naheliegend erscheint die Annahme einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung in entsprechender Anwendung der §§ 2113 ff. BGB für die Fälle, in denen das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft überwiegend aus den in diesen Vorschriften aufgeführten Gegenständen besteht. Denn dann würde durch eine Verfügung über die Gesellschafterstellung praktisch über diese Gegenstände verfügt. In der Tat werden

---

49) Enneccerus-Nipperdey § 58 II 3.

auch Verfügungen über Gesamthandsanteile, deren wirtschaftlicher Wert maßgeblich auf einem der Gesamthand gehörenden Grundstück beruht, weitgehend Verfügungen über ein Grundstück gleichgestellt.[50] Das wird damit begründet, daß in der Änderung des Personenkreises der Gesamthandsgemeinschaft, die durch die Übertragung einer Gesamthandsbeteiligung stattfindet, der Sache nach eine Verfügung über ein Grundstück vorliegt. Mit dieser Begründung hat das OLG Düsseldorf auch die von einem Vorerben vorgenommene Veräußerung eines zum Nachlaß gehörenden Erbanteils, dessen Wert maßgeblich auf einem der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstück beruhte, entsprechend einer Verfügung über ein Grundstück im Sinne des § 2113 BGB behandelt. Es hat deshalb für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Nacherben zu der Verfügung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für erforderlich gehalten.[51] Dieser Gedanke könnte sich auch auf Verfügungen des Vorerben über eine offene Handelsgesellschafterstellung übertragen lassen, deren Hauptwert in gesellschaftseigenen Grundstücken besteht. Die Anwendung dieses Gedankens würde sich andererseits jedoch erübrigen, wenn die Verfügungsmacht des Vorerben über die offene Handelsgesellschafterstellung, auch ohne daß deren Wert maßgeblich auf Grundstücken des Gesellschaftsvermögens beruht, durch eine entsprechende Anwendung der §§ 2113 ff. BGB beschränkt werden kann. Für diese Frage soll von der gesamten Regelung der Verfügungsbefugnis des Vorerben über Erbschaftsgegenstände ausgegangen werden. Von ihr aus soll geprüft werden, ob eine Ausdehnung der Ver-

---

50) BGB-RGRK § 1424 Anm. 3, Erman-Bartholomeyczik § 1424 Anm. 3, § 2113 Anm. 2, Soergel-Ehard-Eder § 2042 Rdnr. 4, Planck § 1445 Anm. 8, Güthe-Triebel § 33 Rdnr. 20, KG JW 38, 3115. a.A. Staudinger-Lehmann § 2042 Rdnr. 13, Staudinger-Engelmann § 1415 Anm. II 1 b ß.

51) OLG Düsseldorf JMBl. für NRW 1960, 101.

fügungsbeschränkungen auf die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung zulässig ist.

aa) Die rechtliche Einordnung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben.

Der Vorerbe kann nach § 2112 BGB "über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 ff. BGB ein anderes ergibt." Damit ist die freie Verfügungsmacht des Vorerben vom Gesetz als Grundsatz herausgestellt; die Beschränkungen dieser Verfügungsfreiheit erscheinen als Ausnahmevorschriften. Die gesetzliche Fassung der so geregelten Verfügungsmacht darf aber nicht übersehen lassen, daß den sachlichen Ausgangspunkt für das Verfügungsrecht des Vorerben dessen Stellung als Rechtsinhaber auf Zeit bildet. Das Erbrecht des Vorerben steht unter der auflösenden Bedingung bzw. dem zeitlichen Endtermin des Eintrittes der Nacherbfolge. Es kann deshalb seinem Wesen nach nur von den Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB aus beurteilt werden.[52] Die konsequente Durchführung der Stellung des Vorerben als eines nur zeitweiligen Inhabers des Erbrechtes würde jede seiner Verfügungen mit dem Eintritt der Nacherbfolge unwirksam sein lassen, soweit durch sie das Recht des Nacherben beeinträchtigt werden würde (§§ 161 Abs. 2, 163 BGB). Dadurch würde ein nahezu vollkommener Schutz des Nacherben vor Verfügungen des Vorerben erreicht, zugleich aber die Nachlaßverwaltung erheblich erschwert werden. Nach den bei der Fassung des BGB herrschenden Vorstellungen

---

52) Staudinger-Seybold Vorbem. §§ 2100 ff. Rdnr. 4
Planck-Flad Vorbem. §§ 2100 ff. Anm. 3, Prot. V 92/93, Mot. V 114.

sollte der Vorerbe jedoch mit Rücksicht auf die mögliche Länge seiner Erbenstellung freier stehen, als es aus den §§ 158 ff. BGB folgen würde.[53] Es wurde ihm deshalb für normale Verfügungen der Nachlaßverwaltung ein besonderes über den Erbfall hinaus wirkendes Verfügungsrecht zuerkannt.[54] Daß dieses Verfügungsrecht nun aber nicht, wie es der Natur des Vorerbenrechtes eigentlich entsprechen würde, als Ausnahme von der beschränkten Verfügungsmacht des Vorerben (§§ 161 Abs. 2, 153 BGB) konstruiert ist, sondern in § 2112 BGB als Regelfall erscheint, hat seinen Grund in der Gesetzestechnik: der für die Verwaltung des Nachlasses praktische Umfang der Verfügungsfreiheit, die dem Vorerben zustehen sollte, war größer als der Kreis der Beschränkungen;[55] diese sollten nur die wesentliche Substanz des Nachlasses betreffen. Zu ihrer Erhaltung für den Nacherben wurde die dem Vorerben eingeräumte Verfügungsfreiheit für als Kernbestandteil des Nachlasses anzusehende Gegenstände eingeschränkt.[56] Dadurch stehen die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben formal als Ausnahmen der Verfügungsfreiheit da; sachlich gesehen - d.h. von dem durch die Nacherbfolge auflösend bedingten Erbrecht des Vorerben aus verstanden - kennzeichnen sie aber die typische Rechtsstellung des Vorerben: die freie Verfügungsmacht des Vorerben wird für solche Nachlaßteile, die als Stamm des Erblasservermögens dem Nacherben erhalten bleiben sollen, wieder auf das Maß des § 161 Abs. 2 BGB zurückgeführt.

---

53) Prot. V 92/93.

54) Prot. V 113.

55) Raape S. 147.

56) Prot. V 104, BGB-RGRK § 2113 Anm. 1, Planck-Flad § 2113 Anm. 1.

bb) Das gleichartige Interesse des Nacherben an Schutz vor Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft verkörpert häufig einen erheblichen Teil des Vermögens des Gesellschafters. Der Wert der Beteiligung richtet sich dabei nicht lediglich nach der Höhe der von dem Gesellschafter einmal erbrachten Kapitaleinlage, er wird vielmehr entscheidend von dem Erfolg der von den Gesellschaftern in Ausführung der Gesellschaft geleisteten Arbeit bestimmt. In der Gesellschafterstellung stellt sich dadurch oft das Lebenswerk eines Gesellschafters dar, zugleich ist sie die Grundlage für künftige gewinnbringende Tätigkeit. Diese Bedeutung hat sie beim Tode des Gesellschafters auch für dessen Erben. Sie kann deshalb als ein Kernbestandteil des Nachlasses betrachtet werden, das sich bezüglich seines besonderen Wertes innerhalb des Nachlasses nicht wesentlich von den Gegenständen unterscheidet, die zugunsten des Nacherben einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben unterliegen. Aus der Gleichartigkeit des Interesses des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung ließe sich daher eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben über sie durchaus rechtfertigen. Dagegen könnte zwar noch ein Umkehrschluß aus der Regelung der §§ 2113 ff. BGB sprechen, wenn sich feststellen ließe, daß die Gesellschafterstellung bewußt von dem dem Nacherben sonst gebotenen Schutz vor Verfügungen des Vorerben ausgeschlossen sein sollte. Eine solche Argumentation kann hier jedoch nicht durchgreifen: der Übergang der Gesellschafterstellung auf den Erben ist erst spät als ein in vollem Umfang erbrechtlicher Vorgang erkannt worden.[57] Solange dies

---

[57] siehe oben Seite 9 ff.

noch nicht der Fall war, fehlte für das Erbrecht, da die Gesellschafterstellung nicht als Nachlaßbestandteil angesehen wurde, der notwendige Ausgangspunkt einer Regelung für sie. - Von dem Schutzzweck der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben und von dem Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung aus gesehen scheint es daher gerechtfertigt, die Verfügungsmacht des Vorerben über die Gesellschafterstellung in entsprechender Anwendung der §§ 2113 ff. BGB einzuschränken. Eine Regelung in der Form, die die §§ 2116 ff. BGB vorsehen (Hinterlegung, Umschreibung) kommt dazu der Natur der Gesellschafterstellung entsprechend nicht in Betracht. Eine Verfügungsbeschränkung über die Gesellschafterstellung könnte sich aber, wie es für andere Gesamthandsbeteiligungen mit überwiegendem Grundstücksvermögen angenommen wird,[58] an die in § 2113 Abs. 1 BGB geregelte Verfügungsbeschränkung über Grundstücke, Grundstücksrechte und Schiffe anschließen, die ganz dem § 161 Abs. 2 BGB entspricht und Verfügungen über diese Erbschaftsgegenstände insoweit bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam werden läßt, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden.

b) Der Einfluß einer entsprechenden Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Die in § 2113 BGB bestimmten Verfügungsbeschränkungen greifen bei Eintritt der Nacherbfolge unter der Voraussetzung einer Beeinträchtigung oder Vereitelung des Nacherbenrechtes ein. Für die

---

58) siehe oben Seite 28 ff.
In diese Richtung weist auch Staudinger-Seybold § 2113 Rdnr. 5 unter Bezug auf RGZ 133, 7 für den Fall der Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH.

Frage, ob das Nacherbenrecht beeinträchtigt oder vereitelt wird, ist dabei allein der rechtliche Charakter der Verfügung und nicht der wirtschaftliche Erfolg des ganzen Geschäftes maßgebend. Durch § 2113 BGB sollen nämlich die darin geschützten Gegenstände selbst und nicht nur deren Gegenwert dem Nachlaß erhalten bleiben. Die Unwirksamkeit einer Verfügung des Vorerben im Falle der Nacherbfolge ergibt sich deswegen daraus, ob die Verfügung die rechtliche Stellung des Nacherben nachteilig verändern würde.[59] Unter diesen Voraussetzungen würden auch Verfügungen über die Gesellschafterstellung von einer entsprechenden Anwendung des § 2113 BGB erfaßt werden. Dadurch, daß eine solche Verfügungsbeschränkung erst im Zeitpunkt der Nacherbfolge wirksam würde, behielte der Gesellschaftervorerbe für die Dauer seiner Erbenzeit alle Verfügungsrechte über die Gesellschafterstellung. Welchen Einfluß die Verfügungsbeschränkung im Zeitpunkt der Nacherbfolge auf die verschiedenen Verfügungsmöglichkeiten über die Gesellschafterstellung nehmen würde, soll getrennt betrachtet werden nach Verfügungen, die der Vorerbe selbständig treffen kann, und solchen, zu denen es eines Gesellschafterbeschlusses bedarf.

aa) Verfügungen, die der Vorerbe selbständig treffen kann.

Verfügungen über die Gesellschafterstellung, die der Vorerbe selbständig treffen kann, sind die Kündigung der Gesellschaft und das Ausscheiden aus der Gesellschaft unter den Voraussetzungen des § 139 Abs. 2 HGB. Die Kündigung der Gesellschaft vereitelt das

---

59) Staudinger-Seybold § 2113 Rdnr. 12, Planck-Flad § 2113 Anm. 1 d, Soergel-Ehard-Eder § 2113 Rdnr. 3, Kipp-Coing § 49 IV 1 d, Strohal § 63 Anm. 4, Lange § 26 IV 4 Fußn. 2.

Nacherbenrecht an der Gesellschafterstellung; sie würde deshalb durch eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Gesellschafter-Vorerben mit dem Nacherbfall unwirksam. Dasselbe müßte auch für ein Ausscheiden des Vorerben aus der Gesellschaft gelten. Für das Recht des Erben, nach § 139 Abs. 2 HGB aus der Gesellschaft auszuscheiden, könnte man jedoch Zweifel haben, ob es überhaupt einer erbrechtlichen Verfügungsbeschränkung unterfallen kann. Denn es gehört, da es dem Erblasser nicht zugestanden hat, sondern erst in der Person des Erben zur Entstehung kommt, streng genommen nicht zum Nachlaß. Eine das Nacherbenrecht schützende Verfügungsbeschränkung könnte sich aber immer nur auf den Nachlaß selbst beziehen. Dazu muß indessen bedacht werden, daß sich das Recht zum Ausscheiden nach § 139 Abs. 2 HGB nicht von der in seiner Ausübung vorgenommenen Verfügung über die Gesellschafterstellung trennen läßt. Es kann daher nicht darauf ankommen, woher das Recht des Vorerben zur Verfügung über die Gesellschafterstellung stammt. Entscheidend ist hier vielmehr, daß durch seine Ausübung über einen für den Nacherben zu schützenden Nachlaßgegenstand verfügt wird. Auch ein Ausscheiden des Vorerben nach § 139 Abs. 2 HGB würde deshalb, obwohl dieses Recht erst in der Person des Vorerben entsteht, von einer entsprechenden Anwendung des § 2113 BGB auf die Gesellschafterstellung erfaßt werden.

bb) Verfügungen, die von den Gesellschaftern gemeinschaftlich getroffen werden.

Bei Verfügungen über die Gesellschafterstellung, die unter Mitwirkung aller Gesellschafter zustandekommen und das Nacherbenrecht beeinträchtigen, könnte die Verfügungsbeschränkung des Vorerben nicht unmittelbar die Verfügung selbst erfassen. Sie betrifft unmittelbar nur die Mitwirkung des Vorerben an der Verfügung über seine Gesellschafterstellung. Diese, das heißt seine zustimmende

Erklärung zu der die Verfügung treffenden Vereinbarung, wird unwirksam. Dadurch fehlt es im Zeitpunkt der Nacherbfolge an einer Einigung aller Gesellschafter, so daß mittelbar auch die Verfügung selbst unwirksam wird.

Wenn die Verfügung über die Gesellschafterstellung des Vorerben auf einem durch den Gesellschaftsvertrag zugelassenen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter[60] beruht, wird mit der Nacherbfolge die an dem Beschluß teilnehmende Stimme des Gesellschafter-Vorerben unwirksam. Die Rechtsfolge des Ausfalles der Stimme des Vorerben richtet sich danach, ob die Stimme des Vorerben für das Erreichen der erforderlichen Mehrheit notwendig ist. Bleibt nach dem Ausfall der Stimme des Vorerben noch eine Stimmenmehrheit für den die Verfügung treffenden Beschluß übrig, so besteht der Beschluß weiter; anderenfalls wird er unwirksam.[61]

Als Rechtsfolge einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung zeigt sich also, daß bis auf den Sonderfall des Mehrheitsbeschlusses alle die Gesellschafterstellung beeinträchtigenden Verfügungen, die der Vorerbe allein oder zusammen mit den übrigen Gesellschaftern vornimmt, im Augenblick der Nacherbfolge unwirksam werden. Damit scheint das Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung durch die erbrechtliche Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben geschützt werden zu können.

---

60) siehe oben Seite 25 Fußn. 46.

61) vgl. Hueck § 11 V 1 b.

c) Der tatsächliche Erfolg einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Ein echter dinglicher Schutz des Nacherbenrechtes wird durch eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung jedoch nur dann erreicht, wenn die Gesellschafterstellung mit dem Unwirksamwerden einer sie betreffenden Verfügung wieder in den vor der Verfügung bestehenden Zustand zurückfallen kann. In den in § 2113 BGB vorgesehenen Fällen von Verfügungen über Grundstücke und Schiffe tritt mit dem Nacherbfall in der Person des Nacherben eine Wiederherstellung der ehemaligen Rechte des Vorerben an ihnen ein. Inwieweit dies bei Verfügungen über die Gesellschafterstellung möglich ist, soll im folgenden untersucht werden. Dabei sollen die verschiedenen Verfügungsfälle getrennt danach betrachtet werden, welchen Einfluß sie auf die Gesellschafterstellung und zugleich auf das ganze Gesellschaftsverhältnis nehmen. Sie unterscheiden sich in ihrer Wirkung darin, daß sie die Gesellschaft auflösen, zu einem Ausscheiden des Vorerben unter Fortbestand der Gesellschaft führen oder den Gesellschaftsvertrag bezüglich der Gesellschafterstellung des Vorerben ändern. An der Möglichkeit, diese Verfügungsfolgen durch Unwirksamwerden der Verfügung bei Eintritt der Nacherbfolge wieder ungeschehen werden zu lassen, muß sich der tatsächliche Erfolg einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung entscheiden.

aa) Änderungen des Gesellschaftsvertrages.

Bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die den Inhalt der zum Nachlaß gehörenden Gesellschafterstellung betreffen, könnte durch das Unwirksamwerden der sie vornehmenden Verfügung ohne wei-

teres wieder der alte Zustand eintreten. Ist z. B. durch Änderung des Gesellschaftsvertrages die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis des Vorerben beschränkt oder sein Gewinnanteil verkleinert worden, so würde durch den Fortfall der Änderung vom Eintritt der Nacherbfolge an für den Nacherben wieder die frühere Regelung gelten.

bb) Die Auflösung der Gesellschaft.

Schwieriger ist es im Falle einer Auflösung der Gesellschaft. Der Vorerbe kann sie durch Kündigung oder durch Zustimmung zu einem Auflösungsbeschluß erreichen. Welchen gesellschaftsrechtlichen Erfolg das spätere Unwirksamwerden der Auflösung herbeiführt, folgt aus der Rechtsnatur des Auflösungsvorganges: die Auflösung ändert nicht den Bestand der Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft sondern nur deren Zweckrichtung. Der vor der Auflösung notwendig auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Zweck (§ 105 HGB) endet mit der Auflösung; an seine Stelle tritt als neue Zielsetzung die Beendigung der Gesellschaft. Dies geschieht nicht schon mit der Auflösung, sondern die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter müssen erst durch einzelne Rechtshandlungen gelöst werden. Erst mit der Abwicklung aller aus dem Gesellschaftsvertrag stammenden Rechte und Pflichten der Gesellschafter ist die Gesellschaft beendet, so daß sie erlöschen kann. Da die Auflösung für die Gesellschaft lediglich den Eintritt in das Abwicklungsstadium, noch nicht aber das Erlöschen bedeutet, ist die abzuwickelnde Gesellschaft mit der früheren offenen Handelsgesellschaft identisch.[62)]

---

62) Hueck § 23 I, Höhn S. 7, Schlegelberger-Geßler § 131 Rdnr.6, Weipert § 131 Anm. 14, RGZ 106, 65.

Wenn mit der Gesellschaftsauflösung die Aufgabe des Erwerbszweckes und die Umwandlung in eine Abwicklungsgesellschaft erfolgt, dann muß mit dem späteren Unwirksamwerden der Auflösung ein entgegengesetzter Vorgang stattfinden: die Zweckrichtung der Gesellschaft schlägt erneut um, so daß die Abwicklungsgesellschaft wieder zur Erwerbsgesellschaft wird. Eben dies tritt durch die entsprechende Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung für die von dem Vorerben aufgelöste Gesellschaft ein. Der Bestand und die Identität der Gesellschaft werden dabei ebensowenig wie bei der Auflösung selbst berührt.[63] - Trotz einer durch Verfügung des Vorerben über die Gesellschafterstellung bewirkten Auflösung der Gesellschaft erwirbt der Nacherbe somit die Stellung des Erblassers in der nun wieder werbenden Gesellschaft. Er erwirbt sie jedoch nur in dem Zustand, in dem sie sich im Augenblick des Nacherbfalles tatsächlich befindet. Die in der Vergangenheit aufgrund der anfangs wirksamen Auflösung vorgenommene Abwicklungsgeschäfte zwischen den Gesellschaftern und gegenüber Dritten bleiben weiterhin wirksam. Sie können durch den für die Zukunft wirkenden Wiedereintritt der Gesellschaft in das Erwerbsleben nicht ungeschehen gemacht werden.[64]

Die dem Nacherben zufallende Gesellschafterstellung kann darum, wenn sie ihm auch ihrem rechtlichen Bestand nach erhalten wird,

---

63) Dieser Vorgang entspricht ganz dem rechtlichen Erfolg eines nach der Gesellschaftsauflösung gefaßten Fortsetzungsbeschlusses. In beiden Fällen wird eine zunächst wirksame Auflösung durch erneute Zweckänderung der Gesellschaft beseitigt. Die hier für das Unwirksamwerden der Auflösung dargestellte Rechtsfolge stimmt mit der h. M. über den Fortsetzungsbeschluß überein. (Schlegelberger-Geßler § 131 Rdnr. 6, Weipert § 131 Anm. 14, Hueck § 23 IV 1, Höhn S. 19 f.).

64) Höhn S. 19 ff.

in ihrem Wert durch die bereits begonnene Abwicklung gemindert sein. Je nach dem Fortschritt der Abwicklung kann die Wertminderung so erheblich sein, daß dadurch der Erwerb der Gesellschafterstellung für den Nacherben kaum noch von Interesse ist; denn die Stellung als Gesellschafter in einer zunächst weitgehend abgewickelten, dann aber "wieder aufgelebten" Gesellschaft wird dem Nacherben nicht sehr nutzbringend sein. - Die Gesellschaft kann aber im Augenblick der Nacherbfolge auch schon vollständig abgewickelt sein. Da sie dann erloschen ist, kann nun nicht mehr eine durch das Unwirksamwerden der Auflösung ausgelöste Zweckänderung der Gesellschaft stattfinden.[65] In diesem Falle geht deshalb die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung ins Leere.

Damit stellt sich heraus, daß das Nacherbenrecht an der Gesellschafterstellung durch eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben über sie zwar gesichert wird, sofern die durch den Vorerben aufgelöste Gesellschaft sich zur Zeit der Nacherbfolge im Abwicklungsstadium befindet, daß aber eine wirksame Erhaltung des in der Gesellschafterstellung verkörperten Wertes nur erreicht wird, wenn die Abwicklung noch nicht zu wesentlichen die Gesellschaft auseinandersetzenden Rechtsänderungen geführt hat. Gänzlich ausgeschlossen ist dagegen ein Schutz der Gesellschafterstellung für den Nacherben, falls die vom Vorerben aufgelöste Gesellschaft bis zum Nacherbfall schon vollständig abgewickelt ist.

---

65) Für den Fortsetzungsbeschluß so Schlegelberger-Geßler § 131 Rdnr. 7, Weipert § 131 Anm. 14, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 131 Vorbem. 1, Würdinger § 131 Anm. 13, Höhn S. 18.

cc) Das Ausscheiden des Vorerben aus der Gesellschaft.

Aus der Gesellschaft auszuscheiden, ist für den Gesellschafter-Erben unter den Voraussetzungen des § 139 Abs. 2 HGB möglich. Sonst kann ein Ausscheiden aus der Gesellschaft durch vertraglichen Austritt eines Gesellschafters erfolgen oder auch durch Kündigung, falls der Gesellschaftsvertrag hierfür das Ausscheiden des Kündigenden vorsieht (§ 138 HGB). In diesen Fällen wird die Gesellschafterstellung des ausscheidenden Gesellschafters beendet. An ihre Stelle tritt ein schuldrechtlicher Anspruch des ausscheidenden Gesellschafters auf Zahlung des Abfindungsguthabens, der sich gegen die das Gesellschaftsverhältnis fortsetzenden ehemaligen Mitgesellschafter richtet.[66] - Anders ist es, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft durch Übertragung seiner Gesellschafterstellung ausscheidet. Die Gesellschafterstellung wird dann nicht beendet, sondern sie setzt sich in der Person ihres Erwerbers fort.[67] Dadurch kann sie mit dem Unwirksamwerden ihrer Übertragung im Zeitpunkt der Nacherbfolge von dem Nacherben erworben werden. Die Gesellschafterstellung wird

---

66) h. L. Hueck § 29 II 1 - 5, Weipert § 138 Anm. 6, Schlegelberger-Geßler § 138 Rdnr. 10; Wieland S. 718 ff. will abweichend hiervon die Beendigung der Gesellschafterstellung erst mit der Befriedigung des Abfindungsanspruches eintreten lassen.

67) Zu dem Streitpunkt, ob die Gesellschafterstellung als ganzes auf den Erwerber übertragen werden kann oder ob nur die vermögensrechtlichen Bezüge abgetreten, die übrigen Gesellschafterrechte aber in der Person des Erwerbers neu begründet werden, vgl. Hueck § 27 II 3. M.E. ist Hueck darin zuzustimmen, daß es einer ungezwungenen und den Anschauungen der Beteiligten mehr entsprechenden Beurteilung entspricht, den Erwerber einer Gesellschafterstellung in vollem Umfang als Rechtsnachfolger des ausscheidenden Gesellschafters zu betrachten (so auch BGHZ 13, 179 (185f.), Richardi S. 62).

somit trotz der von dem Vorerben vorgenommenen Übertragung für den Nacherben erhalten. Der Vorerbe ist hierdurch jedoch nicht davor gesichert, daß die Gesellschafterstellung durch die Geschäftsführung ihres Erwerbers an Wert verloren haben kann.

Wenn der Vorerbe unter Beendigung seiner Gesellschafterstellung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, müßte das Unwirksamwerden seines Ausscheidens an sich zur Folge haben, daß die Gesellschafterstellung so, wie sie für den Vorerben bestand, in der Person des Nacherben wieder entsteht. Solange der durch das Ausscheiden des Vorerben ausgelöste Abfindungsanspruch noch nicht durch Zahlung erloschen ist, ist dies durchaus möglich. Nachdem im Zeitpunkt des Ausscheidens der Abfindungsanspruch an die Stelle der Gesellschafterstellung getreten war, würde sich dann im Zeitpunkt der Nacherbfolge der entgegengesetzte Vorgang vollziehen, so daß der Nacherbe die Gesellschafterstellung in dem vor dem Ausscheiden des Vorerben gegebenen Bestand erwerben könnte. Schwieriger wird dies von der Auszahlung der Abfindung an. Der Abfindungsanspruch hat den Vermögenswert der Gesellschafterstellung repräsentiert. Eine auf ihn an den Vorerben geleistete Zahlung bleibt von dem Unwirksamwerden des Ausscheidens selbst unberührt. Sobald der Abfindungsanspruch einmal durch Zahlung erloschen ist, kann er nicht mehr in die durch ein Unwirksamwerden des Ausscheidens wieder auflebende Gesellschafterstellung als deren früherer Vermögenswert zurückkehren. In diesen Fällen läßt sich die Gesellschafterstellung deshalb durch eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben nicht in ihrem ursprünglichen Wert für den Nacherben erhalten. Der Nacherbe könnte ihn lediglich dadurch wiederherstellen, daß er die dem Vorerben gezahlte Abfindungssumme erneut in die Gesellschaft einbringen würde.

d) Der unzulängliche Schutz des Nacherbenrechtes durch eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB auf Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Es hat sich gezeigt, daß eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung in ihrem ganzen Wert für den Nacherben nur dann erhalten kann, wenn das Unwirksamwerden der Verfügung über die Gesellschafterstellung in schneller zeitlicher Folge auf die Verfügung selbst eintritt. Der Grund hierfür liegt darin, daß sowohl die Auflösung der Gesellschaft als auch das Ausscheiden eines Gesellschafters - mit Ausnahme des Falles der Übertragung der Gesellschafterstellung - auf die Beendigung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafterstellung zielen. Soweit dies aber zunächst erreicht worden ist, kann es durch die später eintretende Unwirksamkeit der Auflösung oder des Ausscheidens nicht ungeschehen gemacht werden. Die Dauer der Vorerbeneinsetzung kann regelmäßig bis zu 30 Jahren (§ 2109 Abs. 1 S. 1 BGB) betragen; in den in § 2109 Abs. 1 S. 2 BGB genannten Fällen bleibt sie auch über diese Frist hinaus bestehen. Dadurch, daß eine Verfügungsbeschränkung in entsprechender Anwendung des § 2113 BGB immer erst am Ende dieser Zeit eingreifen würde, kann sie keinen erfolgversprechenden Schutz für das Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung bieten. Denn bei der möglichen großen Dauer der Vorerbschaft würde es auf einen Zufall ankommen, daß der Eintritt der Nacherbfolge genügend schnell auf eine Kündigung der Gesellschaft oder ein Ausscheiden des Vorerben aus ihr folgt, um deren Wirkungen noch rückgängig machen zu können.

Indem die Verfügungsbeschränkung für den Nacherben gegenüber diesen beiden sein Erbrecht vereitelnden Verfügungen des Gesellschafter-Vorerben keinen Schutz bieten könnte, erweist sie sich als ungeeignetes Mittel zur Erhaltung des Nacherbenrechtes an der Gesellschafterstellung. Sie könnte zwar im Einzelfall einmal Erfolg haben, im allgemeinen kann durch sie aber dem Interesse des Nacherben an der Sicherung seiner künftigen Gesellschafterstellung nicht entsprochen werden. Obwohl die Anwendung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf die Gesellschafterstellung erbrechtlich durchaus zu rechtfertigen wäre, muß sie darum aus Gründen ihres mangelnden praktischen Erfolges abgelehnt werden.

e) Die Unmöglichkeit einer schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge wirksamen Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Da die Ursache des mangelnden Erfolges einer aus § 2113 BGB entwickelten Beschränkung des Vorerben in Verfügungen über die Gesellschafterstellung darin liegt, daß die Unwirksamkeit einer Verfügung des Vorerben nach § 2113 BGB erst im Zeitpunkt der Nacherbfolge eintritt, fragt es sich, ob der Vorerbe nicht bereits während der Zeit seines Erbrechtes in Verfügungen über die Gesellschafterstellung beschränkt sein kann. Einen gewissen Anhaltspunkt hierfür könnten die Regelungen der §§ 2116, 2117, 2118 BGB bieten, nach denen der Nacherbe für Inhaberpapiere durch Hinterlegung oder Umschreibung und für Buchforderungen gegen "das Reich" durch Eintragung eines Sperrvermerkes eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben mit der Wirkung erreichen kann, daß der Vorerbe über diese Gegenstände nur mit seiner Zustimmung verfügen kann. Eine derartige im Gegensatz zu § 2113 BGB schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge wirksame Verfügungsbeschränkung des Gesellschafter-Vorerben würde die Erhaltung der Gesell-

schafterstellung für den Nacherben sicherstellen können. Die Annahme einer solchen Verfügungsbeschränkung stößt jedoch auf erbrechtliche und auch auf gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten. Die nach §§ 2116 ff. BGB möglichen Maßnahmen des Nacherben treffen den Vorerben als einzige Verfügungsbeschränkungen schon zur Zeit seines Erbrechtes. Das hat seinen Grund in den Gefahren, die mit der leichten Verkehrsfähigkeit der in §§ 2116 ff. BGB geschützten Gegenstände verbunden sind. Abgesehen davon, daß ein Schutz des Erbrechtes an der Gesellschafterstellung nicht mit den in §§ 2116 ff. BGB genannten Mitteln durchgeführt werden könnte, sondern daß hier die Verfügungsbeschränkung des Vorerben ohne besondere Maßnahmen des Nacherben von vornherein einsetzen müßte, erscheint eine schon vor dem Eintritt des Nacherbfalles wirksame Verfügungsbeschränkung über die Gesellschafterstellung als bedenklicher Eingriff in die dem Vorerben nach der Konzeption des BGB an sich zustehende Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit.[68] Darüber hinaus stehen einer von Anfang an wirksamen Verfügungsbeschränkung des Vorerben über die Gesellschafterstellung entscheidende gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte entgegen. Durch eine Bindung der Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung an die Zustimmung des Nacherben würde dem Gesellschafter-Vorerben in unzulässiger Weise die Ausübung von ihm nicht entziehbaren gesellschaftlichen Rechten beschränkt: wie sich später zeigen wird, können die Wahrnehmung der Rechte des § 139 HGB, das Recht zur Erhebung der Auflösungsklage (§ 133 HGB) und auch die Ausübung des Stimmrechtes zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages nicht von der Zustimmung des Nacher-

---

68) vgl. oben Seiten 30 ff.

ben abhängig sein.[69] Außerdem ist eine Bindung des ordentlichen Kündigungsrechtes des Gesellschafter-Vorerben (§ 132 HGB) an die Zustimmung des Nacherben nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich.[70]

Der Vorerbe kann deshalb über die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung nach § 2112 BGB frei verfügen.

3. Gegen den Vorerben gerichtete Verfügungen über die Gesellschafterstellung.

Verfügungen, die sich gegen den Gesellschafter-Vorerben richten können, sind die Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger (§ 135 HGB), die Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§§ 117, 127 HGB) und der Ausschluß aus der Gesellschaft (§ 140 HGB).

a) Die Kündigung des Privatgläubigers nach § 135 HGB.

Nach § 135 HGB kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft 6 Monate vor Ende eines Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen, nachdem er innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht und aufgrund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Titels die Pfändung und Überweisung auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinan-

---

69) siehe unten Seiten 120 ff. und 135 ff.

70) siehe unten Seiten 134 f.

dersetzung zukommt. - Nach § 2115 BGB ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, sofern nicht mit der Zwangsvollstreckung ein dem Nacherben gegenüber wirksamer Anspruch geltend gemacht wird. Unter diesen Voraussetzungen des § 2115 BGB würde auch die Auflösung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben unwirksam werden, wenn die Kündigung des Privatgläubigers nach § 135 HGB als Verfügung über die Gesellschafterstellung im Wege der Zwangsvollstreckung anzusehen wäre.

Durch § 135 HGB wird dem titulierten Privatgläubiger das in der Gesellschaft gebundene Vermögen des Gesellschafters für die Zwangsvollstreckung zugänglich gemacht. Da der Gläubiger sich aus einer Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens erst nach Auflösung der Gesellschaft befriedigen kann und diese im Normalfall in nicht absehbarer Ferne liegt, gibt § 135 HGB dem Privatgläubiger ein eigenes Auflösungsrecht. Das Kündigungsrecht des Privatgläubigers erweist sich damit als Hilfsmittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Auseinandersetzungsanspruch des Gesellschafters.[71] Als Hilfsmittel der Zwangsvollstreckung ist die Kündigung des Privatgläubigers streng genommen keine "Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt". Die Zwangsvollstreckungsmaßnahme selbst besteht vielmehr in der Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens. Diese werden mit dem Eintritt der Nacherbfolge gemäß § 2115 BGB unwirksam. Es ist aber zu

---

[71] Weipert § 135 Anm. 12, Schlegelberger-Geßler § 135 Rdnr. 1, Hueck § 24 II 1.

überlegen, ob die Kündigung durch den Privatgläubiger nicht trotzdem der Regelung des § 2115 BGB unterliegen muß. Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens bilden die Voraussetzung für die Kündigung durch den Privatgläubiger; andererseits ermöglicht erst die Kündigung die weitere Durchführung der Zwangsvollstreckung in das gesellschaftlich gebundene Vermögen des Gesellschafters. Die Kündigung steht dadurch in so engem Zusammenhang mit den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, daß es geboten erscheint, sie wie eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung zu behandeln. Der Anwendungsbereich des § 2115 BGB wird dadurch nicht unzulässig ausgedehnt. Nach ganz herrschender Meinung[72] fällt unter den § 2115 BGB außer den dort genannten Zwangsvollstrekkungsmaßnahmen auch die Aufrechnungserklärung seitens eines Nachlaßschuldners mit einer Forderung, die ihm nur gegen den Erben persönlich zusteht. Diese Aufrechnung ist daher nach §§ 2115, 394 BGB unwirksam. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Aufrechnung ähnlich wie die Zwangsvollstreckung eine durch den persönlichen Gläubiger bewirkte Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand ohne Zutun oder auch gegen den Willen des Vorerben darstellt. In gleicher Weise ist die Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger eine Verfügung über die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung, auf die der Gesellschafter-Vorerbe keinen Einfluß nehmen kann. Dadurch trifft der Schutzzweck des § 2115 BGB auch auf die Kündigung durch den Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben zu. Diese wird daher mit dem Eintritt des Nacherbfalles unwirksam.

---

72) RGZ 80, 30 (32 f.); daran anschließend Staudinger-Seybold § 2115 Rdnr. 6, BGB-RGRK § 2115 Anm. 4, Planck-Flad § 2115 Anm. 1, Bartholomeyczik § 41 VII 4, Palandt-Keidel § 2115 Anm. 1, Erman-Hense § 2115 Anm. 1, Lange § 26 IV 7 a.
a. A. KG OLG 22, 370.

Ein besonderes Interesse des vollstreckenden Privatgläubigers wird dadurch nicht verletzt. Seine Rechtsstellung verschlechtert sich durch die Anwendung des § 2115 BGB auf die Kündigung nicht weitergehend, als sie schon durch das nach § 2115 BGB ohnehin bewirkte Unwirksamwerden von Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens verändert wird. Denn die Unwirksamkeit von Pfändung und Überweisung verwehrt dem Privatgläubiger des Vorerben in jedem Falle eine weitere Befriedigung aus dem Auseinandersetzungsguthaben.

Andererseits wird von der Anwendung des § 2115 BGB auf die Kündigung durch den Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben nicht auch die Kündigung seitens des Privatgläubigers eines der Mitgesellschafter erfaßt. Der Schutzzweck des § 2115 BGB beruht auf dem Gedanken, daß es ungerechtfertigt wäre, wenn die persönlichen Gläubiger des Vorerben dessen Verfügungsrecht über den Nachlaß ohne Rücksicht auf die Verantwortlichkeit des Vorerben gegenüber dem Nacherben (§§ 2130, 2134 BGB) zu ihren Gunsten ausbeuten dürften [73] und sich so letztlich auf Kosten des Nacherben befriedigen würden.[74] Eine solche Lage ist mit der Kündigung des Privatgläubigers eines der Mitgesellschafter nicht gegeben. Auch diese Kündigung verfügt zwar über die für den Nacherben bestimmte Gesellschafterstellung des Vorerben. Der in der Gesellschafterstellung verkörperte Nachlaßwert wird aber nicht von dem Privatgläubiger des Mitgesellschafters zu seiner Befriedigung in Anspruch genommen. Der Wert des auf den Gesellschafter-Vorerben entfallenden Auseinandersetzungsguthabens bleibt vielmehr für den Nachlaß erhalten.

---

73) Prot. V, 113.

74) Erman-Hense § 2115 Anm. 1, Staudinger-Seybold § 2115 Rdnr. 1, BGB-RGRK § 2115 Anm. 2, Soergel-Ehard-Eder § 2115 Rdnr. 1, RGZ 80, 30 (32); 133, 263 (266).

Nur die Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben kann daher als der Vorschrift des § 2115 BGB unterliegend betrachtet werden. Der praktische Erfolg dieser Regelung für die Erhaltung der Gesellschafterstellung ist aber auch hier davon abhängig, inwieweit die durch die Kündigung bewirkte Auflösung der Gesellschaft bereits zu deren Abwicklung geführt hat. Dieser Erfolg kann jedoch wesentlich verbessert werden, wenn der Erblasser für den Fall der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben den Eintritt der Nacherbfolge anordnet. Dadurch erwirbt der Nacherbe die Gesellschafterstellung unmittelbar mit der Kündigung durch den Privatgläubiger. Da die Kündigung mit dem Nacherbfall gemäß § 2115 BGB unwirksam wird, und sie noch keine Abwicklungsmaßnahmen ausgelöst haben kann, bleibt dem Nacherben so der volle Wert der Gesellschafterstellung erhalten.[75)]

Wahrscheinlich wird die Frage der Anwendung des § 2115 BGB auf eine Kündigung nach § 135 HGB in der Praxis jedoch kaum auftauchen. Denn gemäß § 773 ZPO "soll" ein zu einer Vorerbschaft gehörender Gegenstand dann nicht im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen werden, wenn die Überweisung bei Eintritt der Nacherbfolge gegenüber dem Nacherben nach § 2115 BGB unwirksam ist. Das ist aber gerade bei einer Überweisung des Auseiandersetzungsguthabens an den Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben der

---

75) Im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger eines der Mitgesellschafter kann die Erhaltung der Gesellschafterstellung für den Nacherben nur gesellschaftsrechtlich gesichert werden, indem in den Gesellschaftsvertrag die Bestimmung aufgenommen wird, daß ein Gesellschafter, dessen Privatgläubiger die Kündigung ausspricht, aus der Gesellschaft unter Fortbestand der Gesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern ausscheidet.

Fall. Bei Einhaltung dieser Vorschrift, wofür dem Nacherben nach §§ 773 S. 2, 771 ZPO die Drittwiderspruchsklage zusteht, wird es darum für die Kündigung durch einen Privatgläubiger des Gesellschafter-Vorerben immer an der für sie notwendigen Voraussetzung der Überweisung des Auseinandersetzungsanspruches fehlen.

b) Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und der Ausschluß aus der Gesellschaft.

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis können dem Gesellschafter nach §§ 117, 127 HGB auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zu ordnungsgemäßer Geschäftsführung bzw. Vertretung der Gesellschaft. Das Vor- und Nacherbschaftsrecht sieht keine besondere Regelung für den Fall vor, daß dem Gesellschafter-Vorerben unter Anwendung der §§ 117, 127 HGB die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis entzogen worden ist. Eine solche Entziehung scheint deshalb bei Eintritt der Nacherbfolge auch gegenüber dem Nacherben wirksam zu sein. Gegen dieses Ergebnis sprechen indessen gesellschaftsrechtliche Überlegungen: Der Grund für eine Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis liegt allein in der Person des betroffenen Gesellschafters. Falls dem Vorerben die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis entzogen worden ist und in der Person des Nacherben die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, erscheint es daher nicht gerechtfertigt, die Entziehung über den Nacherbfall hinaus aufrechtzuerhalten. Die übrigen Gesellschafter können hieran jetzt kein Interesse mehr haben. Das wird dann besonders deutlich, wenn dem Gesellschafter-Vorerben die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis aus Gründen seines hohen Alters entzogen worden ist. Eine solche Maßnahme muß sich ihrer Natur nach auf die Person des Gesellschafters, den sie betrifft, beschränken und kann sich nicht auf dessen Nachfolger fort-

setzen. Daß sie die Stellung eines Nachfolgers unberührt läßt, ist deshalb für den Fall anerkannt, daß dem Gesellschafter-Erblasser die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund entzogen worden war und ein entsprechender Grund in der Person des auf ihn folgenden Erben nicht gegeben ist.[76] Der Gesellschafter-Erbe tritt in einem solchen Falle in die gesellschaftsrechtliche Stellung ein, die sein Erblasser vor der Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis innegehabt hat. Da die Begründung hierfür in der ausschließlichen Beziehung der Entziehungsmaßnahme auf die Person des betroffenen Gesellschafters liegt, muß dieses Ergebnis auch für den auf den Vorerben in die Gesellschafterstellung folgenden Nacherben gelten. Eine Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis des Vorerben ist deswegen dem Nacherben gegenüber nicht wirksam. Der Nacherbe erhält diese Befugnisse in dem Umfang, wie sie dem Vorerben vor der in seiner Person begründeten Entziehung zustanden.

Auch für den einen Ausschluß aus der Gesellschaft (§ 140 HGB) liegt der Grund allein in der Person des betroffenen Gesellschafters. Trotzdem können die im vorgehenden angestellten Überlegungen aber nicht für den Fall gelten, daß der Gesellschafter-Vorerbe aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden ist. Die Gesellschafterstellung des Vorerben ist dann nämlich durch dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft erloschen, so daß der Nacherbe mit der Nacherbfolge in keinerlei Beziehung mehr zu der Gesellschaft tritt. - Angesichts dieses endgültigen Verlustes der Gesellschafterstellung für den Nacherben stellt sich die Frage, ob das mit der Ausschließungsklage (§ 140 HGB)

---

76) Petersen BB 1963, 331 (332), Fischer BB 1956, 839 (840), Hueck § 28 II 1 b, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 22, Römer S. 56.

befaßte Gericht bei seiner Entscheidung das Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung berücksichtigen kann oder muß. Die Ausschließung eines Gesellschafters ist das äußerste Mittel zur Erhaltung eines gedeihlichen Betriebes der Gesellschaft. Daher muß bei jeder Ausschließungsklage geprüft werden, ob die Gesellschaft nicht unter den bisherigen Gesellschaftern durch Angleichung der gesellschaftlichen Regelungen an die in der Person des störenden Gesellschafters aufgetretenen Schwierigkeiten fortgesetzt werden kann. Dabei ist nicht nur zu untersuchen, ob es statt des Ausschlusses genügen kann, dem störenden Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht zu entziehen. Der gesellschaftliche Treuegedanke kann auch verlangen, daß die übrigen Gesellschafter vor Erhebung der Ausschlußklage durch Angebot einer Vertragsänderung eine allen Gesellschaftern zumutbare Neuregelung des Gesellschaftsverhältnisses zu erreichen suchen.[77)]

Der Nacherbe ist vor dem Eintritt der Nacherbfolge noch nicht Gesellschafter. Sein dem Ausschluß des Gesellschafter-Vorerben entgegenstehendes Interesse an der Erhaltung der Gesellschafterstellung scheint deshalb im Rahmen der Ausschlußentscheidung nicht beachtet werden zu müssen. Der Nacherbe besitzt aber während der Dauer des Erbrechtes des Vorerben schon eine Anwartschaft auf den Erwerb der Gesellschafterstellung.[78)] Durch seine Einsetzung zum Nacherben ist es vom Erbfall an festgelegt, daß er bei Eintritt des Nacherbfalles auf den Vorerben in die Gesellschaft nachfolgen wird. Der Nacherbe steht somit gewissermaßen schon mit einem Fuß in der Gesellschaft. Das rechtfertigt es, von den übrigen Gesellschaftern auch dem Nacherben gegenüber eine ge-

---

77) Hueck § 29 I 2 c, Schlegelberger-Geßler § 140 Rdnr. 6, Baumbach- Duden § 140 Anm. 2 C, RGZ 146, 169 (180 f.), BGHZ 4, 108 (112); 18, 350 (363).

78) siehe oben Seite 4 Fußnote 3.

sellschaftliche Treuepflicht für den Fall zu fordern, daß durch die Ausschließung des Gesellschafter-Vorerben in die für den Nacherben bestimmte Gesellschafterstellung eingegriffen werden soll. Diese Treuepflicht ist auch von dem mit der Ausschließungsklage befaßten Gericht zu beachten. Sie hat den Inhalt, daß die Gesellschafter bei Vorliegen eines Ausschließungsgrundes in der Person des Gesellschafter-Vorerben vor der Erhebung der Ausschließungsklage nach Maßnahmen suchen müssen, die neben ihrem Interesse an der Entfernung des störenden Vorerben aus der Gesellschaft auch dem Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung genügen. Eine solche Maßnahme kann die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten für den Gesellschafter-Vorerben sein. Sie kann weitergehend auch in der Vereinbarung bestehen, daß der Gesellschafter-Vorerbe seine Gesellschafterrechte von einem allen Gesellschaftern genehmen Vertreter ausüben läßt[79] oder daß er die gesamte Gesellschafterstellung auf einen Treuhänder überträgt.[80] Diese letzten Regelungen erscheinen insbesondere dann angezeigt, wenn der Eintritt des Nacherbfalles - z. B. bei einer zeitlich begrenzten Einsetzung des Vorerben - nahe bevorsteht. Sie sind das geeignete Mittel, die Zeit bis zum Eintritt des Nacherbfalles zu überbrücken. Ohne eine grundlegende Umwandlung des Gesellschaftsverhältnisses kann so zugleich der störende Einfluß des Gesellschafter-Vorerben eingeschränkt und die Gesellschafterstellung für den Nacherben erhalten werden.

---

79) vgl. unten Seiten 103 ff, 140 ff.

80) vgl. unten Seite 113.

4. Der Gewinnanspruch des Gesellschafter-Vorerben.

Als Inhaber der Gesellschafterstellung hat der Vorerbe wie jeder Gesellschafter das Entnahmerecht des § 122 HGB. Er ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse bis zu 4 vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteiles zu entnehmen und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines diesen Betrag übersteigenden Gewinnanteiles des letzten Jahres zu verlangen. Inwieweit die so entnommenen Gewinne dem Gesellschafter-Vorerben auch erbrechtlich zukommen, folgt daraus, daß sie mit der herrschenden Meinung als Früchte im Sinn des § 99 BGB anzusehen sind.[81] Als solche sind sie Nutzungen der Gesellschaftsbeteiligung (§ 100 BGB).[82] Nutzungen sind nach § 2111 BGB von dem im Vorerbschaftsrecht herrschenden Grundsatz der dinglichen Surrogation ausgenommen. Sie sind deshalb erbrechtlich nicht gebundenes Vermögen des Vorerben. Die während der Dauer der Vorerbschaft erwirtschafteten Gesellschaftsgewinne stehen hierdurch dem Gesellschafter-Vorerben als von der Nacherbfolge freies Vermögen zu.

Für seine Mitwirkung an der Feststellung des Gewinnes und auch für dessen Entnahme aus der Gesellschaft muß sich der Gesellschafter-Vorerbe aber daran orientieren, daß er beim Nacherbfall

---

81) Soergel-Siebert § 99 Rdnr. 3, BGB-RGRK § 99 Anm.4, Enneccerus-Nipperdey § 127 IV, OLG 38, 147; BGHZ 27, 208 (218).

82) v. Godin S. 77, Staudinger-Seybold § 2111 Rdnr. 10, Soergel-Ehard-Eder § 2111 Rdnr. 4. BGH WM 1956, 91 (93) betrachtet sie wohl als Nutzungen eigener Art. - Eingeschränkt wird der Nutzungsbegriff nur im Falle der Herausgabe der von dem Besitzer gezogenen Nutzungen an den Eigentümer (§ 987 BGB), BGHZ 27, 208; OLG Köln JMBI für NRW 1960, 180.

verpflichtet ist, die Gesellschafterstellung in dem Zustand herauszugeben, der sich bei einer ordnungsgemäßen Verwaltung ergibt (§ 2130 BGB). Der Begriff der ordnungsgemäßen Verwaltung muß dabei für die Gesellschafterstellung als Beteiligung an einem Handelsunternehmen an kaufmännischen Gesichtspunkten gemessen werden. Dem Gesellschafter-Vorerben kann deshalb ein Gewinn aus der Gesellschaft nur insoweit gebühren, als er sich aus einer nach kaufmännischen Regeln errichteten Handelsbilanz als Reingewinn ergibt.[83] Wird dieser Gewinn willkürlich - etwa durch Unterlassen erforderlicher Abschreibungen - vergrößert, so ist er ordnungswidrig gezogen. Wenn durch solche ordnungswidrigen Gewinnermittlungen die wirtschaftliche Substanz der Gesellschafterstellung geschädigt ist, kann der Gesellschafter-Vorerbe dem Gesellschafter-Nacherben nach dem Eintritt der Nacherbfolge wegen Verletzung der ihm obliegenden Pflicht zu ordnungsgemäßer Nachlaßverwaltung (§ 2130 BGB) schadensersatzpflichtig sein. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Gesellschafter-Vorerbe an der ordnungswidrigen Gewinnermittlung schuldhaft mit gewirkt hat oder daß er es schuldhaft unterlassen hat, sie zu verhindern. Der Maßstab für das von dem Gesellschafter-Vorerben zu vertretende Verschulden ist nach § 2131 BGB die eigenübliche Sorgfalt.

Dasselbe gilt auch für die Entnahme von Gewinnen aus der Gesellschaft. Es ist nämlich durchaus möglich, daß eine ordnungsgemäße Verwaltung der Gesellschafterstellung es erfordert, auch vertretbarerweise ausgewiesene Gewinne aus Gründen mangelnder Liquidität der Gesellschaft oder notwendiger Investitionen nicht abzuhe-

---

83) Soergel-Ehard-Eder § 2111 Rdnr. 4.

ben, sondern sie in der Gesellschaft zu belassen.[84]

II. Die Rechtsstellung des Nacherben der Gesellschafterstellung.

Der Erwerb der zum Nachlaß gehörenden Gesellschafterstellung durch den Nacherben vollzieht sich in zwei Abschnitten. Während des ersten vom Erbfall bis zum Eintritt der Nacherbfolge dauernden Abschnittes hat der Nacherbe ein Anwartschaftsrecht auf den künftigen Erwerb der Gesellschafterstellung. Die Untersuchung der Rechtsstellung des Nacherben muß für diesen Zeitabschnitt den dem Nacherben gegebenen erbrechtlichen Schutzrechten gelten. Mit dem zweiten Abschnitt - dem Nacherbfall - geht die Erbschaft auf den Nacherben über. Obwohl damit der erbrechtliche Erwerbsvorgang abgeschlossen ist, bedarf es hier für die Frage der Rechtsstellung des Gesellschafter-Nacherben noch der Untersuchung, in welchem Umfang er für die zur Zeit des Nacherbfalles bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, und insbesondere, ob auch ihm das Wahlrecht des § 139 HGB zusteht.

1. Die Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft.

Der Nacherbe ist vor Verfügungen des Vorerben über die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung nicht geschützt.[85] Ebensowenig hat er Einfluß auf Verfügungen, die der Vorerbe über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens trifft.[86] Nur die Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens an einen Privatgläubiger des

84) v. Godin S. 79.

85) siehe oben Seite 24 ff.

86) siehe oben Seite 15 ff.

Vorerben kann er im Wege der Drittwiderspruchsklage (§§ 773, 771 ZPO, § 2115 S. 2 BGB) verhindern. Der Nacherbe ist daher zur Erhaltung seines Erbrechtes an der Gesellschafterstellung auf die Wahrnehmung der ihm gegebenen allgemeinen Kontrollrechte angewiesen: er hat nach §§ 2121, 2122 S. 2 BGB das Recht, die Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses zu verlangen und den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen durch einen Sachverständigen feststellen zu lassen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann er Auskunft über den Bestand der Erbschaft (§ 2127 BGB), Sicherheitsleistung durch den Vorerben (§ 2128 BGB) und die gerichtliche Bestellung eines Verwalters der Erbschaft (§§ 2128, 1052 BGB) fordern. Ob diese Rechte dem Nacherben einer Gesellschafterstellung einen zur Erhaltung des Erbrechts genügenden Schutz geben, entscheidet sich daran, ob und in welchem Maße sie auf die Gesellschafterstellung angewandt werden können.

a) Die Rechte des Nacherben nach §§ 2121, 2122, 2127 BGB.

Nach § 2121 BGB hat der Vorerbe "dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen". Der Zweck dieser Vorschrift ist, dem Nacherben die Möglichkeit zu geben, eine Grundlage für die später beim Nacherbfall notwendige Beurteilung der ordnungsgemäßen Verwaltung des Vorerben zu schaffen. Hierzu fragt es sich, ob das von dem Gesellschafter-Vorerben aufzustellende Nachlaßverzeichnis auch die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens aufführen kann. Da diese im Gesamthandseigentum des Vorerben stehenden Gegenstände als Erbschaftsgegenstände anzusehen sind,[87] würde sich die Aufstellung

---

87) siehe oben Seite 15 ff.

eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände auch auf sie erstrecken müssen. Dem könnte aber entgegenstehen, daß der Nacherbe, für den das Verzeichnis erstellt wird, bis zum Eintritt der Nacherbfolge noch nicht Gesellschafter ist. Hierdurch könnte die erbrechtliche Mitteilungspflicht des Vorerben bezüglich der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens von der gesellschaftlichen Treuepflicht des Vorerben, die ihn zur Geheimhaltung von Gesellschaftsangelegenheiten verpflichtet,[88] eingeschränkt sein.

Der Nacherbe ist jedoch in der besonderen Lage, daß er das Verzeichnis der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zwar als Nichtgesellschafter fordert, demgegenüber die gesellschaftliche Geheimhaltungspflicht gelten müßte, daß er aber andererseits der Gesellschaft durch sein Anwartschaftsrecht an der Gesellschafterstellung des Vorerben nicht als ganz unbeteiligter Dritter gegenüber steht. Gerade dieser Anwartschaft entspringt auch das Recht des Nacherben auf Erstellung eines Nachlaßverzeichnisses. Das Zusammentreffen dieses Rechtes aus der Anwartschaft des Nacherben mit der gesellschaftlichen Geheimhaltungspflicht des Vorerben legt es nahe, den Nacherben zugleich mit der Ausübung dieses Rechtes auch aus der Gesellschafterstellung zu verpflichten. Der Umstand, daß der Nacherbe aufgrund seiner Anwartschaft von dem Vorerben Einblick in gesellschaftliche Angelegenheiten nehmen kann, rechtfertigt es, ihn insoweit, als er von dem Vorerben Mitteilung über die Gesellschaft erlangt, schon der gesellschaftlichen Treuepflicht zu unterstellen. Der Nacherbe ist dadurch zur Geheimhaltung des ihm von dem Gesellschafter-Vorerben nach § 2121 BGB erteilten Nachlaßverzeichnisses verpflichtet.

---

88) vgl. Hueck § 13 I 2.

In gleicher Weise ist der Nacherbe zur Geheimhaltung verpflichtet, wenn er von dem Gesellschafter-Vorerben nach § 2127 BGB Auskunft über den Bestand der Erbschaft fordert oder wenn er nach § 2122 S. 2 BGB den Zustand der Erbschaftsgegenstände durch einen Sachverständigen feststellen läßt.

b) Die Rechte des Nacherben nach §§ 2128, 1052 BGB.

Nach § 2128 BGB kann der Nacherbe von dem Vorerben Sicherheitsleistung verlangen, wenn durch dessen Verhalten oder dessen ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet wird. Dieser Anspruch des Nacherben auf Sicherheitsleistung kann sich auch gegen den Vorerben einer Gesellschafterstellung richten. Nach rechtskräftiger Verurteilung zur Sicherheitsleistung gibt § 2128 Abs. 2 BGB dem Nacherben das Recht, unter der Voraussetzung, daß dem Vorerben vom Gericht eine Frist zur Stellung der Sicherheit bestimmt wurde und diese fruchtlos verstrichen ist, zu verlangen, daß die Ausübung der Vorerbschaft für Rechnung des Vorerben einem gerichtlich zu bestellenden Verwalter übertragen wird (§§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB). Mit der Anordnung dieser Verwaltung wird dem Vorerben das Recht zu eigener Verwaltung des Nachlasses und zugleich auch zu Verfügungen über ihn entzogen (§ 2129 Abs. 1 BGB).

Die Anwendung dieser Sicherungsmaßnahme auf einen Nachlaß, zu dem die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft gehört, würde bewirken, daß die Ausübung aller gesellschaftlichen Rechte, sowohl der Verwaltungs- wie auch der Verfügungsrechte über die Gesellschafterstellung, nunmehr dem gerichtlich bestellten Verwalter zufiele. Der Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Verwalter steht zunächst der höchstpersönliche Charakter der Gesell-

schafterrechte[89] entgegen. Dieser Schwierigkeit, die möglicherweise durch Zustimmung der übrigen Gesellschafter behoben werden könnte, soll hier aber nicht weiter nachgegangen werden. Die Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Verwalter bringt nämlich ein schwerwiegendes Haftungsproblem mit sich:

Da die Einsetzung des Verwalters nur die Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben betrifft, untersteht der Vorerbe weiterhin der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB. Er haftet für alle Gesellschaftsschulden unbeschränkt persönlich. Soweit der Verwalter in Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben Verbindlichkeiten für die Gesellschaft begründet, löst er daher die unbeschränkte persönliche Haftung des Gesellschafter-Vorerben aus. Obwohl die Verwaltung nach § 2128 BGB nur auf Sicherung des Nacherbenrechtes gerichtet ist und ihre Rechtswirkungen deshalb auf den Nachlaß beschränkt sein müßten, greift sie hier infolge der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB auf die persönliche Rechtsstellung des Vorerben über. Die erbrechtliche Verwaltung bewirkt damit über das Gesellschaftsrecht weitgehendere Haftungsfolgen, als sie ihrem eigentlichen auf Sicherung der Erbschaft gerichteten Zweck entsprechen. Dieses Ergebnis ist nur zu rechtfertigen, wenn sich die Rechtsmacht des Verwalters nach § 2128 BGB im Falle der Nacherbschaft an einer Gesellschafterstellung so erweitern kann, daß sie die Haftungsfolge des § 128 HGB mit umfaßt; es sei denn, die Regelung des § 128 HGB könnte als nachgiebiges Recht betrachtet und deshalb durch eine Verwaltung der Gesellschafterstellung nach § 2128 BGB eingeschränkt werden.

---

89) dazu siehe unten Seite 103 ff.

aa) Der zwingende Charakter der Gesellschafterhaftung.

Die unbeschränkbare Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bildet das wesentliche Merkmal der offenen Handelsgesellschaft. Sie ist die wirtschaftliche Grundlage ihrer Tätigkeit. Da auf ihr das der Gesellschaft im Geschäftsverkehr entgegengebrachte Vertrauen beruht, muß die im Handelsregister als offener Handelsgesellschafter ausgewiesene Person im Außenverhältnis allen Gesellschaftsgläubigern mit ihrem ganzen Vermögen haften. Der § 128 HGB ist deshalb eine zwingende Rechtsvorschrift, die auch für den Gesellschafter-Vorerben gilt, dessen Gesellschafterstellung einem gemäß §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB bestellten Verwalter untersteht.

bb) Die Beschränkung der Verwaltung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB auf den Nachlaß.

Die Verwaltung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB ist ein Mittel zur Sicherung des Nacherbenrechtes. Es hat seinen Ursprung in der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft durch den Erblasser. Für die Frage, ob die Rechtsmacht des Verwalters bedingt durch den zwingenden Charakter der Gesellschafterhaftung soweit reichen kann, daß ihr die Begründung der unbeschränkbaren persönlichen Verpflichtung des Vorerben (§ 128 HGB) zukommt, ist deshalb entscheidend, in welchem Umfang der Erbe durch die Erbfolge und durch besondere Anordnungen des Erblassers verpflichtet werden kann.

Der Ausgangspunkt für die Haftung des Erben liegt in § 1967 BGB. Danach haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten. Zu ihnen gehören "außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen"

(§ 1967 Abs. 2 BGB). Diese Haftung des Erben beschränkt sich nach § 1975 BGB auf den Nachlaß, "wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist". Somit ist die Haftung des Erben aus § 1967 BGB nur vorläufig unbeschränkt; sie wird zur beschränkten Haftung durch Sonderung des Nachlasses in einem amtlichen Verfahren (Nachlaßverwaltung, -konkurs). Von vornherein, wenn auch nur durch ein Einrederecht, beschränkt sind aber die Haftung der Miterben bis zur Nachlaßteilung (§ 2059 Abs. 1 S. 1 BGB), die Haftung für Vermächtnisse und Auflagen (§ 1992 BGB) und die Haftung für alle Schulden bei Geringfügigkeit des Nachlasses (§ 1990 BGB). Eine endgültig unbeschränkte Haftung kann erst durch Verwirkung der Beschränkbarkeit nach Inventarrecht (§§ 1994 S. 1, 2005, 2006 BGB) an die Stelle der vorläufig unbeschränkten (§ 1975 BGB) und auch an die Stelle der von vornherein beschränkten Haftung (§§ 2059 S. 1, 1992, 1990 BGB) treten.

Diese Vorschriften des BGB über die Haftung des Erben werden durch die des HGB abgewandelt und ergänzt, wenn der Erblasser ein Einzelhandelsgeschäft betrieb oder einer offenen Handelsgesellschaft angehörte. Der Grund für die besonderen handelsrechtlichen Regelungen liegt in der notwendigen persönlichen Haftung des Einzelkaufmannes und des offenen Handelsgesellschafters und in dem Schutz des Handelsverkehrs, der auf diese Haftung auch in der Person des Erben vertraut. Führt der Erbe eines Kaufmannes das Handelsgeschäft unter der alten Firma fort, so verschließt ihm § 27 Abs. 1 HGB die Beschränkbarkeit der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten und unterwirft ihn der persönlichen Haftung des § 25 Abs. 1 HGB, wenn er sich nicht der besonderen handelsrechtlichen Mittel zur Haftungsbeschränkung bedient. Diese bestehen darin, daß der Erbe in denselben Formen wie bei einer

Firmenfortführung unter Lebenden (§§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 2 HGB) die persönliche Haftung ablehnt oder daß er das Geschäft nur vorläufig fortführt und binnen 3 Monaten seit Kenntnis des Erbanfalles einstellt (§ 27 Abs. 2 HGB). In diesen Fällen bestimmt sich die Haftung des Erben nach Erbrecht. Für die offene Handelsgesellschaft werden diese Vorschriften durch § 139 HGB abgewandelt: der in die Gesellschafterstellung nachfolgende Erbe hat das Recht, innerhalb von 3 Monaten nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft die Umwandlung seiner Beteiligung in eine Kommanditeinlage zu fordern (§ 139 Abs. 1 HGB). Bei Ablehnung dieses Antrages durch die übrigen Gesellschafter kann er ohne Einhaltung einer Frist aus der Gesellschaft ausscheiden (§ 139 Abs. 2 HGB). In diesen beiden Fällen "haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes" (§ 139 Abs. 4 HGB); d. h., er kann seine Haftung auf den Nachlaß beschränken (§§ 1975 ff. BGB).

Die Regelungen der Erbenhaftung des BGB und des HGB gehen somit insofern von einer unbeschränkten Haftung des Erben aus, als diese solange vorhanden ist, als nicht eine besondere Beschränkung durchgreift. Die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß hat aber trotzdem nicht den Charakter eines Ausnahmerechtes. Sie ist dem Erben vielmehr rechtlich garantiert (§§ 1975 ff. BGB, §§ 27, 139 HGB). Es handelt sich um ein Recht zur Haftungsbeschränkung, das der Erbe stets durch eigenes Vorgehen verwirklichen kann.[90] Nur ausnahmsweise bei Verstoß gegen die Inventarvorschriften (§§ 1994 S. 1, 2005, 2006 BGB) und in den Fällen der

---

90) Staudinger-Seybold Vorbem. § 1967 Rdnr. 7 u. 8, Planck-Flad Vor § 1967 Anm. 4, Soergel-Ehard-Eder Vor § 1967 Anm. 1, Palandt-Rechenmacher Einf. zu § 1967 ff. Anm. 1.

dauernden Fortsetzung von handelsrechtlichen Unternehmungen (§§ 27, 139 HGB) verliert der Erbe das Beschränkungsrecht. Nur unter diesen Voraussetzungen kann eine erbrechtliche Verpflichtung ihn endgültig unbeschränkbar treffen.

Die zum Schutz des Nacherbenrechtes stattfindende Verwaltung der Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB hat ihre Grundlage in der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft durch den Erblasser und wird lediglich durch die den Nachlaß gefährdende Verwaltung des Nacherben ausgelöst. Ihren Rechtsfolgen für den Vorerben sind dadurch dieselben Grenzen gesetzt wie anderen den Erben unmittelbar treffenden erbrechtlichen Verpflichtungen. Das entspricht auch dem Zweck der Nachlaßverwaltung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB, der sich nur auf die Sicherung des Nachlasses richtet. Der Vorerbe kann deswegen durch Handlungen des Verwalters keiner nicht mit erbrechtlichen Mitteln beschränkbaren Haftung ausgesetzt werden. Indem eine Verwaltung der Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB aber eine solche Haftung über § 128 HGB nach sich ziehen müßte, würde sie die allgemeine erbrechtliche Haftungsgrenze überschreiten.

Die unbeschränkbare Haftung des Gesellschafter-Vorerben wäre hier auch nicht aus dem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, daß er unter Nichtwahrnehmung des Rechtes, Kommanditist zu werden oder auszuscheiden (§ 139 Abs. 1 u. 2 HGB), in der Gesellschaft verblieben ist; denn hierdurch können nur die bis zum Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden erbrechtlich unbeschränkbar werden (Gegenschluß aus § 139 Abs. 4 HGB). Die später durch den Verwalter der Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB begründeten Verpflichtungen des Gesellschafter-Vorerben stehen dazu aber in keiner Beziehung. Damit erweist sich das bei der

Einsetzung eines Verwalters zur Ausübung der Vorerbschaft an der Gesellschafterstellung auftretende Haftungsproblem als nicht lösbar. Die zwingende Haftungsfolge des § 128 HGB steht dem Recht des Erben, seine Haftung für erbrechtliche Verbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken, unvereinbar gegenüber. Hieran scheitert die Einsetzung eines Verwalters nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB als Mittel zur Sicherung der künftigen Gesellschafterstellung des Nacherben.

2. Die Rechtsstellung des Nacherben nach dem Eintritt des Nacherbfalles.

Mit dem Nacherbfall erwirbt der Nacherbe den Nachlaß und wird damit Inhaber der zum Nachlaß gehörenden Gesellschafterstellung. Der Vorerbe ist ihm nach § 2130 BGB zu ihrer Herausgabe in dem Zustand verpflichtet, der sich bei einer ordnungsgemäßen Verwaltung ergibt. Soweit der Vorerbe diese Verpflichtung, sei es durch überhöhte Entnahmen aus der Gesellschaft, mangelhafte Geschäftsführung oder Verfügungen über die Gesellschafterstellung verletzt hat, kann ihn der Nacherbe auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens in Anspruch nehmen (§§ 2130 ff. BGB). - Da der Nacherbe in die bis dahin von dem Vorerben verwaltete Gesellschafterstellung eintritt, stellt sich die Frage, in welchem Umfang ihn die Haftung für die bis dahin begründeten Gesellschaftsschulden trifft.

a) Die Haftung des Gesellschafter-Nacherben.

Die zur Zeit des Nacherbfalles bestehenden Gesellschaftsschulden können entweder bereits beim Erbfall bestanden haben oder aber erst während der Dauer der Vorerbschaft durch die Verwaltung des Vorerben begründet worden sein. Inwieweit der Gesellschafter-Nacherbe für diese beiden Gruppen von Schulden haftet, wird die Be-

trachtung der erbrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Haftung des Nacherben zeigen:

aa) Die erbrechtliche Haftung.

Mit dem Eintritt der Nacherbfolge erwirbt der Nacherbe den Nachlaß; er haftet daher von diesem Zeitpunkt an auch für alle Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs. 1 BGB). Dies sind wie bei jedem Erbfall nach § 1967 Abs. 2 BGB die schon "vom Erblasser herrührenden Schulden" (sog. Erblasserschulden) und "die den Erben als solchen treffenden Schulden" (sog. Erbfallschulden: Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse, Auflagen, die aber als mit der Gesellschafterstellung auf den Nacherben übergehende Schulden nicht in Betracht kommen); es können hierzu aber auch erst nach dem Erbfall bei der Verwaltung des Nachlasses begründete Schulden zählen (sog. Nachlaßerbenschulden[91]). Die Nachlaßeigenschaft dieser letzteren, der Nachlaßerbenschulden, knüpft sich an die Voraussetzung, daß ihre Eingehung vom Standpunkt eines sorgfältigen Beobachters im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses liegt;[92] d. h., die Verbindlichkeiten müssen durch Rechtshandlungen des Erben entstanden sein, zu denen der Erbe in der Eigenschaft als Erbe entweder verpflichtet oder als Verwalter des Nachlasses berechtigt war.[93] Sonst handelt es sich bei ihnen lediglich um Eigenverbindlichkeiten des den Nachlaß verwaltenden Erben.

---

91) Der Begriff stammt von Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 114; Boehmer RG-Festgabe Bd. III 264 ff.; Staudinger-Boehmer § 1922 Rdnr. 214.

92) Bartholomeyczik § 50 I, IV, § 56 II 1 a; Kipp-Coing § 93 II 3; Planck-Flad § 1967 Anm. 6, 6 e; BGB-RGRK § 1967 Anm. 12, 13; Staudinger-Lehmann § 1967 Rdnr. 14 f., 31 f.; BGHZ 32, 60 (64).

93) Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung S. 119.

Dementsprechend kann auch der Vorerbe in ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung Verbindlichkeiten des Nachlasses begründen, für die nach dem Eintritt der Nacherbfolge dann der Nacherbe haftet.[94]

Ob die Haftung des Nacherben für Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt oder beschränkt ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der Erbenhaftung (§ 2144 Abs. 1 S. 1 BGB). Im Falle der Beschränkung der Haftung des Vorerben auf den Nachlaß tritt nach § 2144 Abs. 1 S.2 BGB an die Stelle des Nachlasses dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt hat, einschließlich der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüche.

Für die den Nacherben treffenden Nachlaßverbindlichkeiten besteht nach § 2145 Abs. 1 BGB eine subsidiäre Haftung des Vorerben. Außerdem dauert dessen Haftung für die von ihm selbst bei der Nachlaßverwaltung eingegangenen Verbindlichkeiten, auch wenn diese Nachlaßverbindlichkeiten geworden sind, fort. Denn bei ihnen handelt es sich, wenn die Eigenhaftung nicht besonders ausgeschlossen war, auch um Eigenverbindlichkeiten des sie begründenden Vorerben.[95]

---

94) Staudinger-Seybold § 2144 Rdnr. 2, Kipp-Coing § 52 I 1, BGHZ 32, 60 (64).

95) BGB-RGRK § 1967 Anm. 12, Kipp-Coing § 52 I 1, II 1; Staudinger-Lehmann § 1967 Rdnr. 14, Staudinger-Seybold § 2144 Rdnr. 2.

bb) Die gesellschaftsrechtliche Haftung.

Der Nacherbe tritt mit dem Nacherbfall in die offene Handelsgesellschafterstellung und die ihr eigene Haftung für Gesellschaftsschulden ein (§§ 130, 128 HGB).[96] Hierfür macht es keinen Unterschied, ob eine Gesellschaftsschuld bereits im Zeitpunkt des Erbfalles bestanden hat oder ob sie erst während der Dauer der Vorerbschaft entstanden ist. Es kommt auch abweichend von der erbrechtlichen Haftung des Nacherben nicht darauf an, ob die Eingehung einer Verbindlichkeit im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses lag. Entscheidend ist, daß eine Gesellschaftsschuld entstanden ist. Die einmal entstandene Gesellschaftsschuld kann dann für die Haftung des die Gesellschafterstellung fortsetzenden Nacherben nicht nach Gesichtspunkten der ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung modifiziert werden. Das widerspräche dem der offenen Handelsgesellschafterhaftung zugrunde liegenden Gedanken des Gläubigerschutzes. Die schärfere gesellschaftliche Haftung des Nacherben schließt hier die erbrechtlichen Haftungsgesichtspunkte aus. Eine Beschränkung der gesellschaftlichen Haftung des Vorerben ist hier nur möglich, falls auch ihm das Wahlrecht des § 139 HGB zusteht[97] und er hiervon Gebrauch macht.

Der Vorerbe haftet für die bis zum Nacherbfall entstandenen Gesellschaftsschulden auch nach dem Nacherbfall weiter. Die persönliche

---

96) h. L. Hueck § 28 V 1, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 56, Weipert § 139 Anm. 22, Baumbach-Duden § 139 Anm. 1 D, abweichend v. Gierke Festgabe für Wieland S. 97 (112 ff.).

97) dazu unten im folgenden Gliederungspunkt b).

Haftung des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft bleibt nämlich auch dem Ausscheiden aus der Gesellschaft für bis dahin entstandene Schulden bestehen (§§ 128, 159 HGB).[98] Diese gesellschaftliche Haftung des Gesellschafter-Vorerben hat im Gegensatz zu der nach dem Eintritt der Nacherbfolge geltenden erbrechtlichen Haftung des Vorerben (§ 2145 Abs. 1 BGB) aber nicht nur subsidiären Charakter.

b) Das Wahlrecht des Nacherben nach § 139 HGB.

Ob und in welchem Umfang dem Nacherben Rechte aus § 139 HGB zustehen, ist sehr bestritten. Ganz überwiegend wird angenommen, für den Nacherben komme das Wahlrecht des § 139 HGB nicht mehr infrage, wenn der Vorerbe seinerseits von ihm keinen Gebrauch gemacht hat und offener Handelsgesellschafter geblieben ist.[99] Andererseits wird aber auch angenommen, wenn der Vorerbe die Stellung eines Kommanditisten gewählt habe, so könne der Nacherbe diese erneut in eine offene Handelsgesellschafterstellung umwandeln.[100]

---

98) Schlegelberger-Geßler § 128 Rdnr. 30, Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 A, Hueck § 29 II 4, RGZ 125, 418; 140, 10; 142, 206; BGHZ 36, 224.

99) Weipert § 139 Anm. 33, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 9, Baumbach-Duden § 139 Anm. 2 A, Koenige § 139 Anm. 3, Staub-Pinner § 139 Anm. 4, Ritter § 139 Anm. 3 b, Sudhoff S. 243, Möhle § 163 Zwr 1, Brand § 139 Anm. 3 b; a. A. Hueck § 28 II 2 e, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 23.

100) v. Godin S. 103, Jonen S. 89, a.A. Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 9, Hueck § 28 II 2 e, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 23, Weipert § 139 Anm. 33.

aa) Der Vorerbe ist offener Handelsgesellschafter geblieben.

Die Ablehnung des Wahlrechtes für den Nacherben wird teils erbrechtlich und teils gesellschaftsrechtlich begründet: erbrechtlich damit, daß der Nacherbe nach § 2112 BGB grundsätzlich die von dem Vorerben über Nachlaßgegenstände getroffenen Verfügungen gegen sich gelten lassen muß;[101] gesellschaftsrechtlich mit der nur dreimonatigen Frist des Wahlrechtes (§ 139 Abs. 3 HGB). Aus dieser kurzen Fristbestimmung folge, daß mit ihrem Ablauf eine endgültige Entscheidung der gesellschaftlichen Lage erreicht werden und deshalb später im Interesse der Mitgesellschafter und auch der Gesellschaftsgläubiger (§ 139 Abs. 4 HGB) eine neue Entscheidung des Nacherben nicht zugelassen werden könne.[102] Beide Begründungen überzeugen jedoch nicht.

Der Vorerbe ist mit dem Tode des Gesellschafter-Erblassers offener Handelsgesellschafter geworden. Wenn er dies unter Nichtausübung des für ihn nach § 139 HGB bestehenden Wahlrechtes bleibt, so liegt eine Verfügung über die Gesellschafterstellung gar nicht vor. In dem rein passiven Verhalten des Vorerben, die Gesellschafterstellung nicht umzuwandeln oder aber auszuscheiden, kann sie jedenfalls nicht erblickt werden. Für eine Argumentation zur Ablehnung des Wahlrechtes für den Nacherben aus dem Gesichtspunkt des § 2112 BGB ist daher in diesem Fall kein Platz. Der entscheidende erbrechtliche Gesichtspunkt für die Frage, ob auch dem Nacherben das Wahlrecht des § 139 HGB zusteht, liegt viel-

---

101) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 9, Staudinger-Seybold § 2145 Rdnr. 5, und wohl auch Weipert § 139 Anm. 33.

102) Weipert § 139 Anm. 33.

mehr darin, daß die für den Nacherben aus seiner erbrechtlichen Nachfolge in die Gesellschaft entstehende Rechtslage sich durch nichts von der jedes anderen Erben einer Gesellschafterstellung unterscheidet: auch ihn treffen mit der Erbfolge ohne, vielleicht sogar gegen seinen Willen die persönlichen und vermögensrechtlichen Pflichten eines offenen Handelsgesellschafters. Ohne eine besondere gesellschaftsrechtliche Regelung könnte er sich ihnen nur durch Ausschlagen der ganzen Erbschaft entziehen. Diese Zwangslage des Erben vermeidet das Gesetz mit § 139 HGB, indem es ihm das Recht gibt, mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln (Wahl der Kommanditistenstellung, Ausscheiden) zugleich seine Pflichten gegenüber den Mitgesellschaftern zu beschränken und die Voraussetzung zur erbrechtlichen Haftungsbeschränkung (§ 139 Abs. 4 HGB) zu schaffen. Dasselbe Recht muß auch der in derselben Situation stehende Nacherbe haben. Auch er darf durch die Erbfolge in die Gesellschafterstellung nicht dem Zwang ausgesetzt werden, auf sein Erbrecht zu verzichten oder aber die offene Handelsgesellschafterstellung mit ihren persönlichen Pflichten und der Gesellschafterhaftung fortzusetzen.[103] Anderenfalls käme man zu dem unverständlichen Ergebnis, daß nicht nur der Erblasser den Nacherben ohne Beschränkungsmöglichkeit in die Gesellschafterstellung einsetzen könnte, sondern daß noch dazu der Gesellschafter-Vorerbe durch die von ihm begründeten Gesellschaftsschulden eine unbeschränkbare Haftung des Gesellschafter-Nacherben auslösen könnte.

Es fragt sich jedoch, ob dieses aus haftungsrechtlicher Überlegung

---

103) Hueck § 28 II 2 e, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 23.

gewonnene Ergebnis auch mit den Interessen der übrigen Gesellschafter vereinbar ist. Die Möglichkeit der Wahl der Kommanditistenstellung durch den Nacherben bedeutet für die Mitgesellschafter eine Unsicherheit darüber, ob der künftige Nacherbe in der Führung der Gesellschaft mitarbeiten und ob sein privates Vermögen der Gesellschaft als Kreditunterlage zur Verfügung stehen wird. Hieraus erwächst ein Interesse der Mitgesellschafter an schneller Klärung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Dieses Interesse ist aber nicht so hoch zu bewerten, daß deswegen das Wahlrecht für den Gesellschafter-Vorerben entfallen müßte. Ein zweifacher möglicherweise kurz aufeinanderfolgender Gesellschafterwechsel, wie ihn die Vor- und Nacherbfolge auslösen kann, findet auch statt, wenn der Erbe eines Gesellschafters kurz auf seine Nachfolge in die Gesellschaft verstirbt und der von ihm bestimmte Erbe in seine Gesellschafterstellung nachfolgt. In diesem Falle hatte der Erbe und hat auch der Erbeserbe die nach § 139 Abs. 5 HGB unausschließbare Möglichkeit, Kommanditist zu werden oder bei Ablehnung dieses Antrages aus der Gesellschaft auszuscheiden. Das Interesse der Mitgesellschafter an langfristiger Klarstellung der gesellschaftlichen Verhältnisse findet demgegenüber keine Berücksichtigung. Die durch die Klausel im Gesellschaftsvertrag ermöglichte Erbfolge in die Gesellschafterstellung schränkt insoweit die Durchsetzung der Interessen der Mitgesellschafter ein. Indem die Erbenklausel aber auch die Grundlage für eine Vor- und Nacherbfolge in die Gesellschafterstellung darstellt, hat hier ebenso die haftungsrechtliche Regelung des § 139 HGB Vorrang vor dem für sich allein berechtigten Interesse der Mitgesellschafter.

Gegen die Anerkennung des Wahlrechtes für den Nacherben spricht

auch nicht das von Weipert[104] angeführte Argument, die in § 139 Abs. 3 HGB bestimmte Frist von 3 Monaten erfordere eine endgültige Entscheidung durch den Gesellschafter-Vorerben. Die Frist des § 139 Abs. 3 HGB bezweckt zwar ohne Zweifel eine schnelle Klarstellung der durch die Erbfolge in die Gesellschafterstellung entstandenen Rechtslage. Wenn nun aber durch Anordnung von Vor- und Nacherbschaft eine doppelte Erbfolge an einem Nachlaß und der zu ihm gehörenden Gesellschafterstellung stattfinden kann, dann kann der Zweck einer schnellen Klärung durch endgültige Entscheidung des Gesellschafter-Erben in vorgeschriebener Frist auch nur für jeden Fall der Nachfolge in die Gesellschaft einzeln zutreffen: bei Anfall der Gesellschafterstellung an den Vorerben und bei ihrem Erwerb durch den Nacherben muß die Entscheidung über den Verbleib in der offenen Handelsgesellschafterstellung nach § 139 Abs. 3 HGB jeweils in der Dreimonatsfrist fallen.

Es findet sich damit kein Grund, bereits im Zeitpunkt der Erbfolge durch den Gesellschafter-Vorerben eine endgültige gesellschaftsrechtliche Regelung auch für den Nacherbfall herbeiführen zu lassen. Auch der in die offene Handelsgesellschafterstellung einrückende Nacherbe hat deshalb das Recht, gemäß § 139 HGB die Umwandlung seiner Einlage in eine Kommanditbeteiligung zu verlangen und bei Ablehnung des dahingehenden Antrages sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

bb) Der Vorerbe hat von dem Wahlrecht des § 139 HGB Gebrauch gemacht.

Hat der Vorerbe von dem Wahlrecht des § 139 HGB Gebrauch ge-

---

104) Weipert § 139 Anm. 33.

macht, so können sich hieraus für den Nacherben keine weiteren Rechte ergeben. Für die Anwendung des § 139 HGB fehlt es dann an der Voraussetzung der Fortsetzung der Stellung eines offenen Handelsgesellschafters durch den Nacherben. Vereinzelt wird zwar vertreten, wenn der Vorerbe die Stellung eines Kommanditisten gewählt habe, könne der Nacherbe diese erneut in eine offene Handelsgesellschafterstellung umwandeln.[105] Eine Begründung hierfür wird jedoch nicht gegeben; sie läßt sich in der Tat auch nicht finden. In der Umwandlung in eine Kommanditeinlage liegt eine Verfügung des Vorerben über die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung. Da Verfügungen über die Gesellschafterstellung nach § 2112 BGB in die Rechtszuständigkeit des Vorerben fallen, ist die Umwandlung der Gesellschafterstellung in eine Kommanditbeteiligung auch dem Nacherben gegenüber wirksam.[106]

Aus demselben Grunde muß der Nacherbe es gegen sich gelten lassen, wenn der Vorerbe nach § 139 Abs. 2 HGB aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. In diesem Falle ist die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung durch Verfügung des Vorerben endgültig aufgehoben worden (§ 2112 BGB), so daß der Nacherbe nicht mehr Gesellschafter werden kann.

---

105) v. Godin S. 103, Jonen S. 89.

106) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 9, Sudhoff S. 243, Hueck § 28 II 2 e; im Ergebnis so: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 23 u. Weipert § 139 Anm. 33, die aber die Gesellschafterstellung nicht als Nachlaßgegenstand betrachten. Weipert hält das Wahlrecht für verbraucht.

III. Die Unsicherheit des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben (Zusammenfassung der Untersuchung über die Rechte des Vor- und Nacherben an der Gesellschafterstellung).

Der Vorerbe übt die zu der Gesellschafterstellung gehörenden Verwaltungsrechte uneingeschränkt selbständig aus. Das Recht des Nacherben, zur Sicherung der Erbschaft gerichtlich einen Verwalter bestellen zu lassen, ist für die Gesellschafterstellung durch das dabei auftretende Problem der Haftung des Gesellschafter-Vorerben ausgeschlossen. Der Nacherbe hat keinen Einfluß auf Verfügungen, die der Vorerbe über die ganze Gesellschafterstellung trifft; insbesondere ist er an die Ausübung des Wahlrechtes nach § 139 HGB durch den Vorerben gebunden.

Bei so großer Unabhängigkeit des Vorerben in der Verwaltung der Gesellschafterstellung ist deren künftiger Erwerb durch den Nacherben großer Gefährdung ausgesetzt; er kann durch unsachgemäße oder eigennützige Verwaltung des Vorerben leicht beeinträchtigt oder vereitelt werden. Die Regelung von Vor- und Nacherbschaft in §§ 2100 ff. BGB reicht somit nicht aus, um die Gesellschafterstellung in der Hand des Vorerben für den Nacherben zu erhalten. Allein durch die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft kann der Erblasser daher nicht den von ihm beabsichtigten Übergang der Gesellschafterstellung auf den Nacherben frei von Beeinträchtigungen ihres Wertes durch den Vorerben sicherstellen.

Es soll deshalb untersucht werden, welche zusätzlichen Maßnahmen der Erblasser neben der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft zur Erhaltung des Wertes der Gesellschafterstellung treffen kann. Dabei muß beachtet werden, daß der in der Gesellschafterstellung verkör-

perte Wert nicht allein durch Erhaltung ihrer rechtlichen Form (Verfügungen über die Gesellschafterstellung) für den Nacherben geschützt wird; der Wert der Gesellschafterstellung wird vielmehr entscheidend durch die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bestimmt, so daß zu prüfen ist, inwieweit hier ein ungünstiger Einfluß des Gesellschafter-Vorerben ausgeschlossen werden kann. Das wird besonders dann wichtig sein, wenn eine im Geschäftsleben unerfahrene und für die Geschäftsführung ungeeignete Person (etwa die Witwe eines Gesellschafters) als Vorerbe Inhaber der Gesellschafterstellung werden soll. - Als Mittel für die zusätzliche Sicherung des Nacherbenrechtes an der Gesellschafterstellung kommen besondere erbrechtliche oder auch gesellschaftsrechtliche Regelungen in Betracht. Es soll hier zunächst die Möglichkeit erbrechtlicher Maßnahmen geprüft werden, da diese für den Erblasser den Vorteil haben, daß er sie von sich aus testamentarisch anordnen kann, während er zu gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf.

Zweites Kapitel
Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der offenen Handelsgesellschafterstellung durch letztwillige Verfügungen des Erblassers.

In Anbetracht der Schwierigkeiten, die die Frage der Sicherung des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben bereitet, liegt der Gedanke nicht fern, die Gesellschafterstellung überhaupt aus der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft auszunehmen und der in die übrige Erbschaft als Vorerbe eingesetzten Person an ihr nur einen Nießbrauch zukommen zu lassen. Der Erblasser könnte dazu die für den übrigen Nachlaß zum Nacherben bestellte Person bezüglich der Gesellschafterstellung bereits von vornherein zum Erben einsetzen und sie zugleich mit einem Nießbrauch zugunsten des Vorerben beschweren. Eine solche Regelung könnte

der Erblasser zwar nicht mit dinglicher Wirkung treffen; er könnte sie aber durch Aussetzung eines Nießbrauchsvermächtnisses zugunsten des Vorerben erreichen, so daß diesem ein schuldrechtlicher Anspruch auf Bestellung des Nießbrauches zustehen würde (§§ 2174, 1069 BGB).

Hiermit würde das Problem der Erhaltung der Gesellschafterstellung für den Nacherben jedoch nur scheinbar gelöst. Wegen der Unteilbarkeit der Gesellschafterstellung ist eine Nießbrauchsbestellung an ihr nämlich nur in der Form möglich, daß die Gesellschafterstellung in ihrer Gesamtheit auf den Nießbraucher übertragen wird. Wenn der Nießbraucher nicht lediglich die Nutzung der in § 717 S. 2 BGB aufgeführten vermögensrechtlichen Ansprüche erhalten soll, muß er anstelle des den Nießbrauch bestellenden Gesellschafters in die Gesellschaft eintreten.[1] Dadurch wird der Nießbraucher aber in gleicher Weise unumschränkter Herr der Gesellschafterstellung, wie es der Gesellschafter-Vorerbe ist. Die Möglichkeit des Nießbrauchstestamentes kann deshalb keinen Ausweg aus dem Problem der Sicherung der Gesellschafterstellung für den Nacherben bieten.

Es gilt daher, erbrechtliche Mittel zu finden, durch die die Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben im Interesse des Nacherben eingeschränkt und die Ausübung der Gesellschafterrechte kontrolliert werden kann. Vom Vor- und Nacherbschaftsrecht her ist eine solche Einschränkung der Stellung des Vorerben unproblematisch. Die Rechtsstellung des Vorerben ist durch die §§ 2100 ff BGB

---

1) Hueck § 27 II 8, v. Godin S. 87 ff., Staudinger-Spreng § 1069 Rdnr. 3, Weipert § 130 Anm. 19, Geiler-Düringer-Hachenburg Bd. II, 1, 49.

nicht abschließend geregelt; der Erblasser kann den Vorerben über das dort vorgesehene Maß hinaus beschränken. Denn das Wesen der Vorerbschaft besteht nicht darin, daß dem Vorerben die Verfügung über den Nachlaß im ausschließlich eigenen Interesse und zu eigenem Nutzen und Vorteil zustehen muß. Dem Vorerben brauchen nicht mehr Rechte belassen zu werden, als sie für die Nutznießung am Nachlaß erforderlich sind, und auch diese kann zugunsten des Nacherben eingeschränkt werden.[2] Als Mittel stehen dem Erblasser hierzu erbrechtliche Bedingungen (§§ 2074 ff. BGB), die Beschwerung des Vorerben mit Vermächtnissen (§ 1939 BGB) oder Auflagen (§ 1940 BGB) und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff. BGB) zur Verfügung. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers kann nach § 2222 BGB insbesondere auch zu dem Zweck erfolgen, daß dieser bis zu dem Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben wahrnimmt.

A) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung für die Dauer der Vorerbschaft.

Die zuverlässigste Kontrolle des Gesellschafter-Vorerben würde der Erblasser erreichen, wenn er ihn einer Testamentsvollstrekkung (§§ 2197 ff. BGB) unterstellen könnte. Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist die Ausführung letztwilliger Verfügungen des Erblassers (§ 2203 BGB); sie kann sich aber auch weitergehend auf die allgemeine Verwaltung des Nachlasses beziehen (§§ 2205 S. 1, 2209 BGB). Der Testamentsvollstrecker hat zur Erfüllung

---

2) Staudinger- Seybold § 2136 Rdnr. 8, BGB-RGRK § 2136 Anm. 11 u. 12, Planck-Flad § 2136 Anm. 1, Palandt-Rechenmacher § 2111 Anm. 3, Soergel-Ehard-Eder § 2136 Rdnr. 4, BGH LM § 2100 Nr. 2, Mot. V, 109.

dieser Aufgaben das Recht, Verfügungen über Nachlaßgegenstände zu treffen (§ 2205 S. 2 u. 3 BGB) und Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen (§§ 2206, 2207 BGB). Der Erbe ist demgegenüber durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung von der Verwaltung des Nachlasses und von Verfügungen über Nachlaßgegenstände ausgeschlossen (§ 2211 BGB). - Da die Gesellschafterstellung durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag mit all ihren personen- und vermögensrechtlichen Bestandteilen zu einem vererblichen Rechtsgut wird,[3] könnte sie als Nachlaßgegenstand an sich einer Testamentsvollstreckung unterliegen. Der Testamentsvollstrecker würde dann die zu der Gesellschafterstellung des Erben gehörenden Verwaltungsrechte ausüben und das alleinige Verfügungsrecht über die Gesellschafterstellung haben. Damit scheint der Erblasser durch die Einsetzung eines zur Führung der Gesellschaft geeigneten Testamentsvollstreckers die Möglichkeit zu haben, eine sachgemäße und auch dem Interesse des Nacherben gerechtwerdende Verwaltung der Gesellschafterstellung sicherzustellen.

Trotzdem bereitet die Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung rechtliche Schwierigkeiten. Wie bei der Verwaltung der Gesellschafterstellung durch einen gemäß §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB bestellten Verwalter[4] steht zunächst der höchstpersönliche Charakter der Gesellschafterrechte ihrer Ausübung durch den Testamentsvollstrecker entgegen. Aber selbst wenn die übrigen Gesellschafter dies durch ihre Zustimmung ermöglichen würden, bleibt auch hier die Frage der Haftung des Gesellschafter-Vorerben das entscheiden-

---

3) siehe oben Seite 9 ff.

4) siehe oben Seite 60 ff.

de Problem: der Testamentsvollstrecker kann nach § 2206 Abs. 1 BGB Verbindlichkeiten "für den Nachlaß" eingehen; diese treffen indessen nicht den Nachlaß als eigene Rechtsperson. Für sie haftet der Erbe jedoch nach § 2206 Abs. 2 BGB "unbeschadet des Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen". Die Haftung des Erben für von dem Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeiten besteht somit nur nach erbrechtlichen Grundsätzen (§§ 1975 ff. BGB). Der dem Testamentsvollstrecker unterstellte Gesellschafter-Erbe haftet aber wie jeder offene Handelsgesellschafter für alle Gesellschaftsschulden persönlich und unbeschränkt (§ 128 HGB). Diese gegensätzlichen Haftungsregelungen würden immer zusammentreffen, wenn der Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verwaltung der Gesellschafterstellung Verbindlichkeiten für die Gesellschaft begründet. Das hierdurch entstehende Haftungsproblem entspricht ganz dem der Verwaltung der Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB.[5] Hier wie dort führt eine erbrechtlich begründete Verwaltung über die Gesellschafterhaftung des § 128 HGB zu einer unbeschränkbaren Haftung des Erben. Entgegen den oben für die Verwaltung der Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB festgestellten Grundsatz der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung wird hier jedoch die Ansicht vertreten, daß die erbrechtliche Haftungsregelung nach § 2206 Abs. 2 BGB nachgiebiges Recht sei.

I. Der rechtliche Charakter der Haftung des Erben nach § 2206 Abs. 2 BGB.

Die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach § 2206 Abs. 2 BGB soll bei der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung

---

5) siehe oben Seite 62 ff.

der Gesellschafterhaftung weichen können, da das Testamentsvollstreckerrecht insofern nicht als zwingend anzuerkennen sei, als "ihm kraft Verfügung des Erblassers auch solche Nachlaßverbindlichkeiten unterfallen dürfen, die zugleich eine Fernwirkung über den Nachlaß hinaus erzeugen".[6] Die in der Gesellschafterstellung enthaltene persönliche Haftung stelle nämlich eine ihrem Grunde nach bereits beim Erbfall bestehende Nachlaßverbindlichkeit dar, für die der Erbe naturgemäß hafte.[7] Zudem leite sich der Fortfall der Beschränkbarkeit der Haftung für den Gesellschaftererben aus dessen eigenem Verhalten ab, wenn dieser nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, seine Haftung durch Umwandlung der ererbten Gesellschafterstellung in eine Kommanditeinlage zu beschränken (§ 139 HGB).[8] - Diese Argumente geben jedoch keine überzeugende Erklärung dafür, daß die Vorschrift über die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung für vom Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeiten (§ 2206 BGB) nachgiebiges Recht sein soll.

1. Die Ableitung der unbeschränkten Haftung des Gesellschafter-Erben aus der Eigenschaft der Gesellschafterhaftung als Nachlaßverbindlichkeit.

Selbst wenn man die Gesellschafterhaftung als eine beim Erbfall schon bestehende Nachlaßverbindlichkeit ansehen könnte,[9] so wäre damit für die Erklärung der unbeschränkbaren Haftung des Erben für Verwaltungshandlungen des Testamentsvollstreckers noch nichts

---

6) Weiler DNotZ 1952, 283 (300), Donner DNotZ 1944, 143 (146).
7) Weiler DNotZ 1952, 283 (294).
8) Weiler DNotZ 1952, 283 (295), Rehlinger S. 34 f.
9) so Weiler DNotZ 1952, 283 (294).

gewonnen; denn für Nachlaßverbindlichkeiten besteht ja gerade nach §§ 1975 ff. BGB grundsätzlich die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung. - Aber auch daß die Gesellschafterhaftung überhaupt durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung zu den Nachlaßverbindlichkeiten gezählt wird, verbietet sich aus der wesentlichen Verschiedenheit beider Haftungsmaßstäbe. Es bleibt doch eben die Frage, ob sich die erbrechtlich beschränkbare Haftung für eine vom Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeit zur persönlich unbeschränkten Verpflichtung des Erben erweitern kann. Mit dem Hinweis auf die Verfügungsmacht des Erblassers[10] kann sie nicht ausreichend beantwortet werden; denn diese kann in aller Regel gerade nur auf den Nachlaß beschränkbare Verpflichtungen auslösen (§§ 1975 ff. BGB).[11]

2. Die Ableitung der unbeschränkbaren Haftung des Gesellschafter-Erben aus der Nichtausübung des Wahlrechtes nach § 139 Abs. 1 HGB.

Ob der Verlust der Haftungsbeschränkung des Erben auf die Nichtwahrnehmung des Wahlrechtes nach § 139 HGB zurückgeführt werden kann,[12] muß sich von der Funktion und dem Zweck der dem Gesellschafter-Erben nach § 139 HGB einerseits und nach §§ 2206, 1975 ff. BGB andererseits zustehenden Rechte entscheiden. Schon vorher ist jedoch festzustellen, daß das Problem der persönlichen Haftung des Erben durch die Wahl der Kommanditistenstellung gar

---

10) so Weiler DNotZ 1952, 283 (300), Donner DNotZ 1944, 143 (146).

11) Holch DNotZ 1958, 282 (297), Richardi S. 29.

12) dafür Weiler DNotZ 1952, 283 (295), Rehlinger S. 34 f.

nicht endgültig gelöst werden könnte. Da auch die Kommanditistenstellung des Erben dem Testamentsvollstrecker unterstellt wäre, könnte dieser nämlich zusammen mit den übrigen Gesellschaftern eine Erhöhung der Gesellschaftereinlagen beschließen; nach § 171 Abs. 1 HGB würde der Erbe in diesem Falle auch als Kommanditist bis zur Leistung der versprochenen Einlage in ihrer Höhe persönlich ohne eine Beschränkungsmöglichkeit haften.[13] Außerdem könnte der Testamentsvollstrecker die unbeschränkbare persönliche Haftung des Kommanditisten-Vorerben nach § 172 Abs. 4 HGB dadurch auslösen, daß er an einer Rückzahlung der Kommanditeinlage mitwirkt (S. 1), Gewinnanteile entnimmt, nachdem der geleistete Kapitalanteil durch Verluste gemindert war, oder daß er durch die Entnahme von Gewinnen den geleisteten Kapitalanteil vermindert (S. 2).

a) Die rechtliche Einordnung der Haftungsbeschränkung nach § 139 HGB.

Die Regelung des § 139 HGB trägt der besonderen Lage des Erben Rechnung, in die dieser durch die Nachfolge in die Gesellschaft gestellt wird. Sie eröffnet ihm die Möglichkeit, durch Wahl der Kommanditistenstellung oder ggf. durch Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Beschränkung seiner gesellschaftlichen Verpflichtungen zu erreichen, denen er ohne diese Regelung nur durch Ausschlagen der ganzen Erbschaft entgehen könnte. Zugleich bildet die Wahrnehmung der Wahl der Kommanditistenstellung oder das Ausscheiden aus der Gesellschaft für den Erben die Voraussetzung, seine Haftung für die bereits bestehenden Gesellschaftsschulden nach

13) Vits S. 10.

erbrechtlichen Regeln beschränken zu können (§ 139 Abs. 4 HGB). Die Funktion des § 139 HGB liegt somit darin, den Erben bei der Vererbung einer Gesellschafterstellung nicht in die Zwangslage zu bringen, sich entweder für die Gesellschafterstellung mit den Pflichten eines offenen Handelsgesellschafters zu entscheiden oder zur Vermeidung dieser Pflichten die ganze Erbschaft zu verlieren.

b) Die rechtliche Einordnung der Haftungsbeschränkung nach §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB.

Den Hintergrund für die dem Erben in § 2206 BGB gegebene Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung bildet der Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers. Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, die testamentarischen Verfügungen des Erblassers zu vollziehen. Demgemäß kann sich die ihm von dem Erblasser eingeräumte Rechtsmacht auch nur auf das dem letzten Willen des Erblassers unterliegende Vermögen beziehen. Ohne die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung wäre der Erbe auch mit seinem persönlichen Vermögen den vom Testamentsvollstrecker begründeten Verbindlichkeiten ausgesetzt. Der Erblasser könnte dann durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers auch über das seiner letztwilligen Verfügungsmacht unterliegende Vermögen hinausgehende persönliche Bindungen des Erben erreichen. Ein derartiger Eingriff in die persönliche Rechtssphäre des Erben ist dem Erblasser aber nicht möglich. Die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung auf den Nachlaß ist ein ganz allgemeiner erbrechtlicher Gedanke.[14)] Um ihn auch für den der Testamentsvollstreckung unterstellten Erben gelten zu lassen, werden die vom Testamentsvollstrecker begründeten Verbindlichkeiten, obwohl sie im Augenblick des Erbfalles noch gar nicht vorhanden waren, hinsichtlich der Haftung des Erben durch § 2206 BGB wie

14) siehe oben Seite 64 ff.

Nachlaßverbindlichkeiten behandelt.

c) Die unterschiedliche Funktion der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach § 139 HGB und §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB.

Damit zeigt sich, daß die gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung und die Beschränkung der Haftung für vom Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeiten eine völlig unterschiedliche Funktion haben. Wenn der Gesellschafter-Erbe nicht die Stellung eines Kommanditisten wählt, so bestimmt er dadurch sein Rechtsverhältnis gegenüber seinen Mitgesellschaftern und den Maßstab seiner Haftung für die schon bestehenden Gesellschaftsschulden; denn sie kann er bei Fortsetzung der offenen Handelsgesellschafterstellung nach dem Ablauf von 3 Monaten nicht mehr erbrechtlich beschränken (§ 139 Abs. 3 u. 4 HGB). Die Möglichkeit zur Beschränkung seiner Haftung hinsichtlich der vom Testamentsvollstrecker künftig einzugehenden Verbindlichkeiten ist davon ganz unabhängig; sie steht dem Erben aus grundsätzlichen erbrechtlichen Überlegungen zu: da die letztwillige Verfügungsmacht des Erblassers am Nachlaß endet, muß auch die Rechtsmacht des vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstreckers auf den Nachlaß beschränkt sein. Das Recht des Erben, seine Haftung nach § 2206 BGB auf den Nachlaß zu beschränken, kann deshalb nicht als nachgiebig angesehen werden. Für die Testamentsvollstreckung als erbrechtliches Institut ist es vielmehr wesentlich und darum zwingend, daß der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten nur mit Wirkung für den Nachlaß begründen kann. [15)]

---

15) Richardi S. 32, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14.

3. Die Ableitung der unbeschränkbaren Haftung des Erben aus der Möglichkeit zum Ausschlagen der Erbschaft.

Die Annahme, daß § 2206 BGB nachgiebiges Recht darstelle, und deshalb durch § 128 HGB erweitert werden könne, kann schließlich auch nicht aus dem Recht des Erben zum Ausschlagen der Erbschaft (§§ 1944 ff. BGB) begründet werden. Vereinzelt wird angenommen, der Erbe müsse diese Konsequenz ziehen, wenn ihm das mit der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung von ihm zu übernehmende Haftungsrisiko untragbar erscheine;[16] für den Fall, daß er dies nicht tue, wäre seine unbeschränkte Haftung für die von dem Testamentsvollstrecker begründeten Gesellschaftsschulden gerechtfertigt. - Bei dieser Argumentation wird indessen übersehen, daß dem Erben auch bei der Beschränkung durch eine Testamentsvollstreckung die Vorteile des Erblasservermögens zugewendet werden sollen. Dieser Wille des Erblassers würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Erbe durch das aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung stammende Haftungsrisiko zum Ausschlagen der Erbschaft veranlaßt werden sollte. Außerdem erscheint die zum Ausschlagen der Erbschaft gegebene Frist von 6 Wochen (§ 1944 BGB) unverhältnismäßig kurz im Vergleich zu der dauernd bestehenden Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB.[17] - Der Verlust der Haftungsbeschränkung läßt sich für den Erben auch keinesfalls durch die mögliche Schadensersatzpflicht des Testamentsvollstreckers (§ 2219 BGB) oder

16) Holch DNotZ 1958, 282 (295), Weiler DNotZ 1952, 283 (296); BGHZ 12, 100 (103) und Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 60 für die TV an einem Handelsgeschäft.

17) Richardi S. 32.

die Möglichkeit von dessen gerichtlicher Abberufung (§ 2227 BGB) ausgleichen;[18] denn keines dieser Rechte bewahrt den Erben vor den gegen ihn persönlich gerichteten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger.

II. Die Unmöglichkeit der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung des Vorerben.

Die Haftungsregelung des § 2206 BGB muß im Interesse des Erben als zwingende Rechtsvorschrift anerkannt werden. Da sie im Falle der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung mit der ebenfalls zwingenden Haftungsregelung des § 128 HGB zusammentrifft, scheitert die Verwaltung der Gesellschafterstellung durch den Testamentsvollstrecker an dem Problem der Haftung des Gesellschafter-Vorerben.[19] Ein ganz gleichartiges Haftungsproblem würde auch der durch die Testamentsvollstreckung nach § 2211 Abs. 1 BGB ausgelöste Ausschluß des Gesellschafter-Vorerben von Verfügungen über seine Gesellschafterstellung mit sich bringen. Zwar stehen nach h. M. die Rechte des § 139 HGB nur dem Erben selbst und nicht dem Testamentsvollstrecker zu;[20] aber nach Ablauf der Dreimonatsfrist (§ 139 Abs. 3 HGB) könnte sich der dem Testamentsvollstrecker unterstellte Erbe infolge von § 2211 Abs. 1 BGB nicht

---

18) Dieses nehmen an: Holch DNotZ 1958, 282 (295) und Weiler DNotZ 1952, 283 (296).

19) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14, Hueck § 28 II 5, Buchwald AcP 154, 22 (30), BGB-RGRK § 2205 Anm. 8, Richardi S. 33, BGHZ 24, 106 (112, 113), Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 62.

20) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14, Hueck § 28 II 5, v. Godin S. 119 f., Weipert § 139 Anm. 13, Baumbach-Duden § 139 Anm. 4 E, RGZ 170, 392 (395); a. A. Dietrich DR 43, 807 (808).

mehr selbständig durch Kündigung oder Übertragung der Gesellschafterstellung von der offenen Handelsgesellschaft trennen. Abgesehen davon, daß dieser Erfolg gesellschaftsrechtlichen Bedenken unterliegt,[21] würde die Testamentsvollstreckung auch hier durch die Bindung des Erben an die mit der persönlichen Haftung verbundene Gesellschafterstellung über den Nachlaß hinaus in die persönliche Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben eingreifen. Dem Erblasser ist es daher auch aus diesem Grunde nicht möglich, den Gesellschafter-Vorerben einer Testamentsvollstreckung zu unterstellen.

Angesichts der Unmöglichkeit der Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung ist der insoweit undurchführbaren Testamentsvollstreckungsanordnung vielfach im Wege einer Umdeutung die Verpflichtung des Erben entnommen worden, die Ausübung seiner Rechte als Gesellschafter rechtsgeschäftlich dem Testamentsvollstrecker zu überlassen.[22] Ob der Erblasser den Erben in dieser Weise verpflichten wollte, ist eine Frage des Einzelfalles. In jedem Falle ist eine Umdeutung aber nur in dem Rahmen möglich, wie der Erblasser seinen Erben überhaupt durch letztwillige Regelungen zur Nichtausübung der eigenen Gesellschafterrechte und zu ihrer Überlassung an einen Dritten veranlassen kann. Dies soll im folgenden für die Rechte des Gesellschafter-Vorerben untersucht werden.

---

21) Zur Beschränkbarkeit der Verfügungsrechte des Gesellschafter-Vorerben siehe unten Seite 119 ff.

22) RGZ 172, 199 (204); BGHZ 12, 100 (102); 24, 106 (112 ff.); Erman-Hense § 2205 Anm. 5, Kipp-Coing § 68 III 2 b u. c, Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 67 f., Soergel-Ehard-Eder § 2205 Rdnr. 3.

B. Letztwillige Regelung von Verfügungen des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Für die Erhaltung der Gesellschafterstellung bis zum Nacherbfall liegt es nahe, an die Anordnung eines erbrechtlichen Verfügungsverbotes über die Gesellschafterstellung zu denken. Dieses könnte den Inhalt haben, daß der Vorerbe keine dem Nacherben ungünstigen Verfügungen über die Gesellschafterstellung ohne die Zustimmung des Nacherben oder des Testamentsvollstreckers treffen darf. Der Vorerbe wäre dadurch gehalten, für eine Kündigung der Gesellschaft, eine Änderung des Gesellschaftsvertrages und insbesondere auch für die Ausübung des Wahlrechtes nach § 139 HGB die Zustimmung des Nacherben oder des Testamentsvollstreckers einzuholen. Die erbrechtlichen Mittel zur Errichtung eines solchen Verfügungsverbotes sind die testamentarische Auflage (§ 1940 BGB), das Vermächtnis (§ 1939 BGB) und die erbrechtliche Bedingung (§§ 2074 ff. BGB). Sie alle verhindern eine Verfügung über die Gesellschafterstellung nicht mit dinglicher Wirkung (§ 137 BGB), so daß die Gesellschafterrechte des Vorerben im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern unbeschränkt bleiben und nur erbrechtlich gebunden werden. Aus diesem Grunde wird ein in ihnen enthaltenes Verbot zur Ausübung des Wahlrechtes aus § 139 HGB nach allgmeiner Ansicht für unumschränkt zulässig erachtet.[23)]

23) Weipert § 139 Anm. 70, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 65, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 34, Staub-Pinner § 139 Anm. 24, Sudhoff S. 233, Dietrich DR 43, 807 (808), Baumbach-Duden 15. Aufl. § 139 Anm. 3 E, (Die letzte Auflage behandelt die Frage nicht mehr.).

Wenn diese Auffassung zutreffend ist, müssen auch die Kündigung und die Vertragsänderung durch ein erbrechtliches Verfügungsverbot geregelt werden können; das bedarf jedoch einer genaueren Betrachtung.

I. Die Beschwerung des Vorerben mit der Auflage, nicht ohne Zustimmung des Nacherben über die Gesellschafterstellung zu verfügen.

Die Auflage ist nach § 1940 BGB eine letztwillige Verfügung durch die der Erblasser den Erben zu einer Leistung verpflichten kann, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Dabei ist unter "Leistung" jedes Verhalten des Erben zu verstehen, das den Gegenstand eines Schuldverhältnisses (§ 241 BGB) bilden kann.[24] Nach § 1967 Abs. 2 BGB ist aber die Leistungspflicht in jedem Falle nur Nachlaßverbindlichkeit. Der Erbe kann daher für die Erfüllung der Auflage seine Haftung nach den Vorschriften der §§ 1975 ff. BGB auf den Nachlaß beschränken. Ist der Nachlaß durch Auflagenverpflichtungen überschuldet, so kann die Haftungsbeschränkung schon durch die Erhebung der Erschöpfungseinrede (§§ 1990 ff. BGB) erreicht werden. Gegenüber der Beschwerung mit einer Auflage hat der Erbe somit stets das Recht, sich ihrer Erfüllung insoweit zu widersetzen, als sie die Mittel des Nachlasses übersteigen würde.

Ein Verfügungsverbot kann grundsätzlich den Gegenstand einer Auflage bilden.[25] Die Stimmen, die die Auflage auch zur Regelung der Ausübung des Wahlrechtes aus § 139 HGB zulassen, verweisen darauf,

---

24) Staudinger-Seybold § 2192 Rdnr. 2, BGB-RGRK § 1940 Anm. 2, Soergel-Ehard-Eder § 2192 Rdnr. 2.

25) Planck-Flad Vor § 2192 Anm. 2 c, Soergel-Ehard-Eder § 1940 Rdnr. 1.

daß die sich aus dem Verfügungsverbot über die Gesellschafterstellung ergebende Verpflichtung des Erben eine Nachlaßverbindlichkeit sei und der Erbe daher auch für ihre Erfüllung nur erbrechtlich beschränkt hafte.[26)]

Diese Annahme begegnet indessen erheblichen Bedenken. Es kann nicht übersehen werden, daß durch ein in einer Auflage enthaltenes Verbot, das Wahlrecht nach § 139 HGB auszuüben, für den Erben die Verpflichtung begründet wird, offener Handelsgesellschafter zu bleiben. Das Verbleiben in der Gesellschaft führt für den Erben zu persönlichen Bindungen, die nicht nur seine Erbenstellung betreffen; insbesondere muß er dann persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen, ohne die Möglichkeit zu haben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Eine derartige Verpflichtung des Erben kann der Erblasser aber nicht im Wege einer testamentarischen Auflage herbeiführen. Seine testamentarische Rechtsmacht hat ihre Grenze an den gegenüber der Erfüllung einer Auflage nach §§ 1967 Abs. 2, 1975 ff. BGB gegebenen Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung. Dieses Beschränkungsrecht hat für den Gesellschafter-Erben zudem in § 139 Abs. 5 HGB Ausdruck gefunden: eine erbrechtliche Beschränkung der Haftung des Gesellschafter-Erben ist erst möglich, nachdem dieser seine Stellung in eine Kommanditeinlage umgewandelt hat bzw. aus der Gesellschaft ausgeschieden ist (§ 139 Abs. 4 HGB). Das Recht des Gesellschafter-Erben, diese für die erbrechtliche Haftungsbeschränkung notwendigen Voraussetzungen herbeiführen zu können, wird in § 139 Abs. 5 HGB zu einer zwingenden Regelung erklärt. Indem so dem Gesellschafter-

---

26) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 34, Weipert § 139 Anm. 70, Staub-Pinner § 139 Anm. 24, wohl auch Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 65.

Erben die gesellschaftsrechtliche Seite seiner Haftungsbeschränkung garantiert wird, zeigt sich deutlich, daß der Grundsatz der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung auch für die Verpflichtungen aus einer ererbten Gesellschafterstellung gelten soll. Diese Regelung würde durch ein Verfügungsverbot, das die Wahrnehmung der Rechte des § 139 HGB betrifft, umgangen werden. Dem Erblasser ist es darum verwehrt, den Erben zu verpflichten, unter Nichtausübung des Wahlrechtes (§ 139 HGB) in der Gesellschaft zu verbleiben.

Aber nicht nur bezüglich der Rechte aus § 139 HGB scheitert eine ein Verfügungsverbot enthaltende Auflage an dem Recht des Erben zur Beschränkung seiner Haftung. Eine Auflage, die Gesellschaft nicht zu kündigen, nicht aus ihr auszuscheiden oder sie nicht vertraglich aufzuheben, würde den Erben in gleicher Weise erbrechtlich verpflichten, an der Gesellschafterstellung mit ihrer über den Nachlaß hinausgreifenden Haftung festzuhalten. Auch sie ist deshalb wegen der Unmöglichkeit, ihre Wirkung auf den Nachlaß zu beschränken, erbrechtlich nicht zulässig.

Der Erblasser kann somit dem Vorerben nicht durch die Beschwerung mit einer entsprechenden Auflage verbieten, über die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung durch Kündigung, Auflösungsbeschluß oder nach § 139 HGB zu verfügen.[27)]

Wie die Auflage begründet auch das Vermächtnis eine Verpflichtung des mit ihm beschwerten Erben; beide unterscheiden sich nur darin, daß bei der Auflage lediglich die in § 2194 BGB genannten Personen

---

27) a. A. siehe oben Seite 90 Fußn. 23.

die Vollziehung verlangen können, während bei einem Vermächtnis der Begünstigte die vermachte Leistung fordern kann (§ 2174 BGB). Daher muß das oben für die Auflage Gesagte auch für ein Vermächtnis mit dem Inhalt eines Verfügungsverbotes gelten.

II. Die Erbeinsetzung des Vorerben unter der auflösenden Bedingung einer Verfügung über die Gesellschafterstellung.

Wenn der Erblasser den Vorerben auch nicht verpflichten kann, Verfügungen über die Gesellschafterstellung zu unterlassen, so erscheint es doch nicht ausgeschlossen, seine Erbeinsetzung in die Gesellschafterstellung unter die auflösende Bedingung zu stellen, nicht ohne Zustimmung des Nacherben oder auch des Testamentsvollstreckers über die Gesellschafterstellung zu verfügen. Nach § 2075 BGB kann eine letztwillige Verfügung unter der Bedingung erfolgen, daß der Bedachte während eines Zeitraumes von unbestimmter Dauer bestimmte Handlungen vornimmt oder unterläßt. Der Fortbestand der erbrechtlichen Zuwendung ist dann auflösend bedingt von dem dieser Bedingung entsprechenden Verhalten des Bedachten abhängig. Hält der Erbe sich nicht an die Bedingung, so endet sein Erbrecht; im Falle des Vorerben tritt dann der Nacherbfall ein, so daß nun der Nacherbe die Gesellschafterstellung erhält.

Durch eine solche auflösende Bedingung wird der ihr unterstellte Erbe nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Es kann ihn niemand zwingen, das zur Bedingung erhobene Gebot, nicht über die Gesellschafterstellung zu verfügen, einzuhalten. Ob er offener Handelsgesellschafter bleibt, ist vielmehr seiner freien Entscheidung überlassen. In diesem Punkt zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen der Bedingung und einem Vermächtnis

oder einer Auflage gleichen Inhalts, deren Erfüllung der Begünstigte (§ 2174 BGB) und die in § 2194 BGB genannten Personen durchsetzen können.[28)]

Daß die durch eine auflösende Bedingung getroffene Anordnung des Erblassers trotzdem regelmäßig ihr Ziel erreichen wird, liegt an der Wirkung, die die Androhung der Erbentsetzung auf den bedingt berufenen Erben ausübt. Die dem Gesellschafter-Erben so gestellte Alternative, durch ein der Bedingung entsprechendes Verhalten Erbe der Gesellschafterstellung zu bleiben oder diese zu verlieren, ist deswegen aber nicht in rechtlicher Wertung der Lage des mit der Auflage beschwerten Erben gleichzusetzen. Dieser muß zur Vermeidung der Auflagenverpflichtung die ganze Erbschaft ausschlagen, und hat diese Wahlmöglichkeit überhaupt nur bis zum Ende der sechswöchigen Ausschlagungsfrist. Hierin liegt der Widerspruch des in eine Auflage gekleideten Verfügungsverbotes zu § 139 HGB.[29)] Der Erbe ist dadurch von dem Ablauf der Ausschlagungsfrist an endgültig verpflichtet, die Auflage zu erfüllen, d.h.: er muß offener Handelsgesellschafter bleiben. Eine solche den Erben persönlich verpflichtende Wirkung ist im Falle einer durch das Unterlassen von Verfügungen über die Gesellschafterstellung auflösend bedingten Erbeinsetzung nicht möglich. Der Erbe bleibt hier rechtlich in seinen Entschließungen frei, wenn die auflösende Bedingung auch Einfluß auf sie haben wird. Gegen eine Erbeneinsetzung unter der auflösenden Bedingung, keine Verfügungen über die Gesellschafterstellung zu treffen, bestehen somit nicht die erb-

---

28) BGB-RGRK § 1940 Anm. 7, Staudinger-Lehmann § 1940 Rdnr. 15.

29) siehe oben Seite 92 f.

rechtlichen Bedenken[30] wie gegen eine Auflage gleichen Inhaltes. Der Erfolg, den sie erzielt, beruht auf dem drohenden Verlust der Gesellschafterstellung. Praktisch wird sie dadurch in vielen Fällen eine für den Nacherben nachteilige Verfügung des Vorerben über die Gesellschafterstellung verhindern können. Da der Vorerbe aber wirksam über die Gesellschafterstellung verfügen kann, tritt der Nacherbe mit dem dadurch ausgelösten Nacherbfall immer nur in die durch die Verfügung veränderte Gesellschafterstellung ein. Ein wirklicher Schutz der künftigen Gesellschafterstellung des Nacherben wird deshalb durch die auflösend bedingte Einsetzung des Vorerben in die Gesellschafterstellung nicht erreicht.

C. Letztwillige Regelungen zur Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben durch einen Vertreter.

Der Erblasser könnte einen der Testamentsvollstreckung ähnlichen Schutz des Nacherbenrechtes an der Gesellschafterstellung erzielen, wenn er bestimmen könnte, daß die Gesellschafterrechte für die Dauer der Vorerbschaft von einem Vertreter des Vorerben ausgeübt werden sollen. Durch die Wahl eines geeigneten Vertreters könnte er dann auf diesem Wege eine auch den Interessen des Nacherben gerechte Verwaltung der Gesellschafterstellung erreichen.

Für die Wahl des Stellvertreters würde sich insbesondere die Person des für den übrigen Nachlaß eingesetzten Testamentsvollstrekkers anbieten. Mit der Erteilung einer Vollmacht des Vorerben an

---

30) Im Ergebnis so Weipert § 139 Anm. 70, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 34, Sudhoff S. 233, Baumbach-Duden § 139 Anm. 3 e, Staub-Pinner § 139 Anm. 24.

den Testamentsvollstrecker ließen sich nämlich die Schwierigkeiten aus dem Wege räumen, die sich aus den gegensätzlichen erb- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsgrundsätzen ergeben. Der Testamentsvollstrecker handelt dann bei der Ausübung der Gesellschafterrechte nicht aufgrund der Rechtsmacht seines Amtes, sondern als gewillkürter Vertreter des Vorerben, so daß die Frage einer Haftungsbeschränkung nach §§ 2206 Abs. 2, 1975 ff. BGB gar nicht auftreten kann. Daß die Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker die unbeschränkte Haftung des Vorerben nach sich zieht, beruht in diesem Falle auf der von dem Vorerben rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht des Testamentsvollstreckers (§ 164 BGB).

Es fragt sich deshalb, ob und mit welchen erbrechtlichen Mitteln der Erblasser den Vorerben anhalten kann, einen Vertreter zu bestellen und diesem auch wirklich die Ausübung der Gesellschafterrechte zu überlassen. Im Rahmen dieser Frage wird es insbesondere auch der Erörterung bedürfen, unter welchen Voraussetzungen gesellschaftsrechtlich eine solche Vertretung des Vorerben zulässig ist.

I. Die Beschwerung des Vorerben mit der Auflage, einen Vertreter zur Ausübung der Gesellschafterrechte zu bestellen.

Weithin wird die Möglichkeit bejaht, den Erben durch die Beschwerung mit einer Auflage zu verpflichten, eine vom Erblasser bestimmte Person zur Ausübung der Gesellschafterrechte zu bevollmächtigen. Insbesondere, wenn es sich dabei um den Testamentsvollstrecker handele, sei eine solche Auflage unbedenklich. Denn die Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben sei gegen eine sittenwidrige Bindung des Erben dadurch gesichert, daß der Testamentsvoll-

strecker seine Befugnisse nicht willkürlich ausüben könne.[31] Dazu wird auf die Haftung des Testamentsvollstreckers für Pflichtverletzungen (§ 2219 BGB) und auf die Möglichkeit seiner Abberufung bei grober Pflichtverletzung (§ 2227 BGB) hingewiesen. Außerdem wird geltend gemacht, eine unzumutbare Gefährdung des Erben durch die Pflicht zur Vollmachtserteilung sei schon dadurch ausgeschlossen, daß ihm das Recht bleibe, die Erbschaft auszuschlagen.[32] Gegenüber dieser Auffassung ist zunächst zu bedenken, daß weder die Möglichkeit zur Abberufung des Testamentsvollstreckers noch die eines Schadensersatzanspruches gegen ihn den Erben von der Haftung für die von dem Testamentsvollstrekker begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten ausnehmen können. Der Erbe hätte keinen Einfluß auf ihre Entstehung und würde für sie ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses mit seinem ganzen Vermögen haften. Diese Gefährdung des Erben wird andererseits auch nicht durch das Recht zum Ausschlagen der Erbschaft beseitigt. Denn die Auflage erlischt regelmäßig nicht mit der Ausschlagung sondern haftet an der Erbenstellung als solcher, so daß jeder Erbe, der an die Stelle des Ausschlagenden tritt, an sie gebunden wäre.[33] Nordemann[34] sieht deshalb den Vollzug einer Auflage, die die Begründung eines Vertretungsverhältnisses zur Aus-

---

31) RGZ 172, 199 (205), dem zustimmend: Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 60 u. 64 ff., Weipert § 139 Anm. 13, Holch DNotZ 1958 282 (294), Soergel-Ehard-Eder § 2205 Rdnr. 3, Kipp-Coing § 68 III 2 b u. c, Erman-Hense § 2205 Rdnr. 5.

32) BGHZ 12, 100 (103) für den in der Haftungsfrage des Erben gleichartigen Fall des Einzelkaufmannes.

33) Nordemann NJW 1963, 1139 (1140), Staudinger-Seybold § 2193 Rdnr. 9, Richardi S. 51.

34) NJW 1963, 1139 (1140).

übung der Gesellschafterrechte bestimmt als wirtschaftliche Knebelung des Gesellschafter-Erben an. Er lehnt eine solche Auflage darum als gegen die guten Sitten verstoßend (§ 138 BGB) ab.[35]

Die Unwirksamkeit einer solchen Auflage folgt indessen nicht erst aus dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Sie ergibt sich aus dem Erbrecht selbst: für Verpflichtungen aus Auflagen ist dem Erben das Recht zur Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß gegeben (§§ 1967 Abs. 2, 1975 ff., 1992 BGB).[36] Nur als Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung betrachtet stellt nun zwar die Bestellung eines Vertreters keinen das Vermögen des Erben betreffenden Vorgang dar; die Frage der Haftungsbeschränkung für die erbrechtliche Pflicht zur Vollmachtserteilung scheint deshalb hier nicht aufzutreten. Die Verpflichtung des Erben aus der eine Vollmachtserteilung betreffenden Auflage erschöpft sich indessen nicht mit dem Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung selbst. Sie enthält gerade die weitere Wirkung, daß mit der Vollmachtserteilung dem Vertreter die Rechtsmacht gegeben wird, in Ausübung der Gesellschafterrechte Verbindlichkeiten für die Gesellschaft einzugehen und so den Erben persönlich zu verpflichten (§ 128 HGB). Die auf eine Vollmachtserteilung gerichtete Auflage muß deshalb als Verpflichtung vermögensrechtlicher Art angesehen werden.[37] Für sie gilt deshalb das gegenüber allen Auflagen bestehende Beschränkungsrecht des Erben. Da dieses jedoch im Rahmen der Gesellschafterhaftung des § 128 HGB nicht durchführbar ist, steht der Auflage, die auf eine Vertreterbestellung für die Ausübung der Gesellschafterrechte zielt, das Recht

---

35) so auch: Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 60, OLG München JFG 14, 428; anscheinend auch Baur in Festschrift für Dölle S. 257.

36) siehe oben Seite 62 ff.

37) Richardi S. 50.

des Erben zur Haftungsbeschränkung entgegen.[38] Für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker bevollmächtigt werden soll, folgt dies zudem aus der Begrenzung seiner Rechtsmacht durch § 2206 Abs. 2 BGB. Diese als zwingend erkannte Regelung[39] läßt es nicht zu, daß der Erbe durch den Testamentsvollstrecker auch persönlichen Verpflichtungen ausgesetzt wird. Sie würde aber durch eine testamentarische Verpflichtung des Gesellschafter-Erben zur Vollmachtserteilung an den Testamentsvollstrecker beiseite geschoben werden. Deshalb stellt sich eine Auflage, die die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers durch eine an ihn zu erteilende Vollmacht auf den persönlichen Vermögensbereich des Erben ausdehnt, als unzulässige Umgehung der in § 2206 Abs. 2 BGB getroffenen erbrechtlichen Haftungsregelung dar.[40]

II. Die Erbeinsetzung des Vorerben unter der aufschiebenden Bedingung der Bestellung eines Vertreters zur Ausübung der Gesellschafterrechte.

Daß der Erblasser den Gesellschafter-Erben nicht im Wege der Auflage zur Bestellung eines Vertreters verpflichten kann, läßt - ähnlich dem Fall des Verfügungsverbotes über die Gesellschafterstellung - noch die Möglichkeit offen, die Vertreterbestellung durch eine bedingte Erbeinsetzung in die Gesellschafterstellung zu erreichen.

---

38) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14 e, Siebert in Festschrift für Hueck S. 333, Hueck § 28 Fußn. 51.

39) siehe oben Seite 81 ff.

40) Richardi S. 51.

1. Die erbrechtliche Zulässigkeit der Vertreterbestellung als Bedingung der Erbeinsetzung.

Stellt der Erblasser die Einsetzung des Vorerben in die Gesellschafterstellung unter die aufschiebende Bedingung, daß dieser einen Vertreter zur Ausübung der Gesellschafterrechte bestellt, so erfolgt der Anfall der Gesellschafterstellung an den Vorerben nicht schon mit dem Tode des Erblassers sondern erst mit der Bestellung des Vertreters. An die Erfüllung einer solchen Bedingung ist der Erbe nicht gebunden. Der BGH[41] sagt zwar von einer entsprechenden Bedingung einmal, daß sie den Erben "verpflichte". Eine Verpflichtung im Rechtssinne kann durch eine bedingte Erbeinsetzung jedoch nicht entstehen.[42] Der Erbe bleibt hier frei in seiner Entscheidung; der Einfluß der Bedingung auf sie liegt nur in der Aussicht für den Erben, durch ihre Erfüllung den Anfall der Gesellschafterstellung an sich zu bewirken. Da es an einer erbrechtlichen Verpflichtung des Vorerben fehlt, treten gegen die Vollmachtserteilung als Bedingung der Einsetzung in die Gesellschafterstellung nicht die Bedenken auf, die einer Auflage dieses Inhalts entgegenstehen. Die in der bedingten Einsetzung ausgedrückte Absicht des Erblassers, den Erben bezüglich der Gesellschafterrechte einem Vertreter zu unterstellen, und die Wahrscheinlichkeit, daß der Erbe ihr in der Aussicht des Erwerbes der Gesellschafterstellung auch nachkommt, können durchaus das Motiv und den Erfolg einer erbrechtlichen Bedingung bilden. Daß ein solches Ziel nicht im Wege einer Auflage verwirklicht werden kann, spricht nicht gegen die Zulässigkeit der Bedin-

---

41) BGHZ 12, 100 (103), ähnlich auch Hueck § 28 Fußn. 51.

42) Siebert in Festschrift für Hueck S. 334.

gung; denn es besteht kein Zweifel daran, daß die erbrechtliche Bedingung Regelungen zum Inhalt haben kann, die einer Auflage nicht zugänglich sind. Deshalb können Angelegenheiten, die dem Schuldrecht entzogen sind, wie z. B. eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu unterlassen (§ 2302 BGB), und die daher nicht Gegenstand einer Auflage sein können, doch zur erbrechtlichen Bedingung erhoben werden.[43] Die Grenze für den Inhalt einer Bedingung liegt erst dort, wo ihre Erfüllung den Verstoß gegen eine Verbotsvorschrift oder gegen die guten Sitten bedeutet. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der künftige Erbe den vom Erblasser bestimmten Vertreter für zuverlässig hält und ihm, um so die Gesellschafterstellung zu erwerben, zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte Vollmacht erteilt. Hierbei ist einer unzulässigen Bindung des Erben an den Vertreter schon dadurch vorgebeugt, daß die von ihm zu erteilende Vollmacht, wie sich später[44] zeigen wird, aus gesellschaftsrechtlichen Gründen widerruflich sein muß und nicht mit einem Verzicht des Erben auf eigene Rechtsausübung verbunden werden kann.

Die Bedingung erweist sich damit als erbrechtlich zulässiges Mittel, den Gesellschafter-Erben zur Vollmachtserteilung an eine vom Erblasser bestimmte Person zu veranlassen.[45] Ihre Wirkung be-

---

43) Soergel-Ehard-Eder § 2192 Anm. 2, Staudinger-Lehmann § 1940 Rdnr. 15, Planck-Flad § 1940 Anm. 3, Palandt-Rechenmacher § 2192 Anm. 2.

44) siehe unten Seite 110 ff.

45) Richardi S. 53, Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 a, Siebert in Festschrift für Hueck S. 334, im Ergebnis auch Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 60, Kipp-Coing § 68 III 2 b u. c, RGZ 12, 100 (103) für den entsprechenden Fall des Einzelkaufmannes, zweifelnd Hueck § 28 Fußn. 51.

ruht zwar lediglich auf ihrer Eigenschaft als Voraussetzung für den Erwerb der Erbschaft; sie ist aber das einzige Mittel, mit dem erbrechtlich überhaupt die Vollmachtserteilung zur Ausübung der Rechte eines offenen Handelsgesellschafters erreicht werden kann.

2. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Vertreter.

Über die Zulässigkeit der Ausübung von Gesellschafterrechten durch einen Vertreter gehen die Ansichten auseinander. - Die einzelnen Gesellschafterrechte haben unterschiedliche Aufgaben: zum Teil betreffen sie nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zum anderen Teil auch das der Gesellschafter mit dritten Personen. Für die Frage der Zulässigkeit ihrer Ausübung durch einen Vertreter soll deshalb auch hier danach unterschieden werden, ob die Vertretung einerseits im Innenverhältnis und andererseits gemessen an den Interessen außenstehender Dritter möglich ist.

Wenn die Vertretung unter diesen Gesichtspunkten zulässig ist, stellt sich schließlich die Frage, wie weitgehend der zu vertretende Gesellschafter an die einmal erteilte Vollmacht gebunden werden kann.

a) Die Vertretung des Gesellschafters im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

Die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Gesellschafterrechte können regelmäßig nur von den Gesellschaftern selbst ausge-

übt werden.[46] Der Grund hierfür liegt in der engen Verknüpfung der offenen Handelsgesellschaft mit der konkreten Persönlichkeit ihrer Mitglieder. Dieser persönliche Charakter der Gesellschafterrechte besteht aber ausschließlich im Interesse der Gesellschafter. Er unterliegt deshalb wie das gesamte Innenverhältnis der Gesellschaft dem Prinzip der Vertragsfreiheit, so daß die Gesellschafter ihn einschränken und die Ausübung bestimmter oder auch aller Rechte durch einen bevollmächtigten Vertreter zulassen können. Diese Möglichkeit, einen Vertreter zu bestellen, muß allerdings geschieden werden von der Frage, ob die Rechte eines Gesellschafters übertragbar sind. Gemäß § 717 S. 1 BGB (§ 105 Abs. 2 HGB) können nämlich die Rechte, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragen werden. Die Frage, ob es sich hierbei um eine abdingbare oder zwingende Regelung handelt, berührt aber über den Gesichtspunkt der Personenbezogenheit der Gesellschafterrechte hinaus das Problem der Teilbarkeit der Gesellschafterstellung: mit einer Übertragung der Gesellschafterrechte ändert sich deren Rechtsträger, so daß sie von der Gesellschafterstellung selbst getrennt werden. Eine derartige Aufteilung der Gesellschafterstellung in Beteiligung einerseits und Verwaltungsrecht andererseits ist nach heute herrschender Ansicht mit Wesen und Struktur der Personalgesellschaft nicht vereinbar.[47] Bei der Bestellung eines Vertreters tritt dieses Problem aber gar nicht auf. Hier findet keine Übertragung der Gesellschafterrechte statt; die gesamte Substanz der Gesellschafterstellung verbleibt in der Hand des Gesellschafters. Dem Vertreter wird

---

46) Hueck § 10 V 2, Schlegelberger-Geßler § 114 Rdnr. 11 ff., Weipert § 111 Anm. 6, RGZ 2, 30; 123, 299.

47) siehe dazu Seite 110 ff, 136 ff.

nur die Rechtsmacht gegeben, die Gesellschafterrechte im Namen des Gesellschafters auszuüben.

Da das einer Vertretung im Verhältnis der Gesellschafter zueinander allein entgegenstehende Hindernis der Personenbezogenheit der Gesellschafterrechte durch Zustimmung aller Gesellschafter überwunden wird, ist unter dieser Voraussetzung eine Vertreterbestellung jedenfalls für alle Rechte zulässig, die nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander berühren.[48] Darunter fallen: die Geschäftsführungsbefugnis, die Stimmrechtsausübung, die gesellschaftlichen Kontrollrechte (§§ 115, 118 HGB) und auch die Verfügungsrechte über die Gesellschafterstellung. - Es ist jedoch umstritten, ob ein bevollmächtigter Vertreter den Gesellschafter auch in seiner Stellung nach außen hin gegenüber Dritten vertreten kann.

b) Die Vertretung des Gesellschafters im Verhältnis zu Dritten.

Nach § 125 Abs. 1 HGB ist jeder Gesellschafter selbständig zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Der Gesellschaftsvertrag kann eine hiervon abweichende Regelung im Rahmen der in § 125 Abs. 1 - 4 HGB genannten Möglichkeiten treffen. In keinem Falle kann aber der gesetzlich vorgesehene Umfang der Vertretungsmacht (§ 126 HGB) geändert werden. - Diese in §§ 125, 126 HGB vorgesehene Vertretungsberechtigung wird, da sie nur den Gesellschaftern als Organen der Gesellschaft gegeben ist, in Unterscheidung zu der Vertretung der Gesellschaft durch Prokuristen

---

48) BGHZ 3, 354 (358), Schlegelberger-Geßler § 119 Rdnr. 1, § 118 Rdnr. 3, § 114 Rdnr. 14, BGB-RGRK § 717 Anm. 2 u. 11, Hueck § 10 V 2.

und Handlungsbevollmächtigte als organschaftliche Vertretungsmacht bezeichnet. Mancherseits wird angenommen, die organschaftliche Vertretungsmacht könne überhaupt nicht durch einen bevollmächtigten Vertreter ausgeübt werden; auch die Zustimmung aller Gesellschafter könne dies nicht ermöglichen.[49] Dafür wird angeführt, das Auftreten eines Nichtgesellschafters als Organ schaffe eine für außenstehende Dritte unklare Situation bezüglich der gesellschaftlichen Haftung, da der als Organ auftretende Nichtgesellschafter nicht der unbeschränkten Gesellschafterhaftung unterliege,[50] andererseits aber seine Eigenschaft als bloßer Vertreter eines Gesellschafters auch nicht zum Schutze des Verkehrs in das Handelsregister eingetragen werden könne.[51] Außerdem folge für die offene Handelsgesellschaft daraus, daß die Vertretungsmacht in §§ 125 f. HGB ausschließlich den Gesellschaftern zugeordnet ist, der Grundsatz der Selbstorganschaft; mit diesem sei es aber unvereinbar, daß im Außenverhältnis ein Nichtgesellschafter die organschaftliche Vertretungsmacht eines Gesellschafters ausübe.[52]

Die Diskussion um die Zulässigkeit der Ausübung der Vertretungsmacht durch einen bevollmächtigten Vertreter mischt sich zum Teil mit der Frage der Bestellung eines Dritten zum Organ durch Übertragung der Vertretungsmacht.[53] Diese beiden Möglichkeiten müs-

---

49) Weipert § 139 Anm. 25, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 25, beide im Anschluß an RGZ 2, 30 (32), v. Godin S. 119.

50) Hueck § 20 I.

51) RGZ 2, 30 (32).

52) Richardi S. 23, Hueck § 20 I.

53) Richardi S. 23 spricht gleichzeitig von der Bestellung eines Nichtgesellschafters zum Organ und von der Vertretbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht. Ähnlich auch Hueck § 20 I.

sen aber getrennt werden. Im Falle der Übertragung wechselt die Rechtsmacht zur Vertretung der Gesellschaft unter Verlust für den Gesellschafter auf den Dritten über. Neben der hierdurch bewirkten unzulässigen Abspaltung der Vertretungsmacht von der Gesellschafterstellung treffen hierbei die oben gegen die Vertretung angeführten Argumente zu. Es tritt leicht eine Irreführung über die Haftungsverhältnisse ein, da der wie ein Organ der Gesellschaft handelnde Nichtgesellschafter als offener Handelsgesellschafter angesehen werden kann. Eine Übertragung der Vertretungsmacht widerspricht auch dem Prinzip der Selbstorganschaft. Mit der unbeschränkten Haftung des Gesellschafters ist die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft durch ein Fremdorgan, das keinen gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegt, nicht zu vereinbaren.[54] Besonders deutlich würde dies in dem Falle, daß nach der Übertragung der Vertretungsmacht auf einen Dritten der letzte vertretungsberechtigte Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschiede oder durch andere Umstände, wie Tod oder Geschäftsunfähigkeit, ausfiele; die Gesellschaft könnte dann nur noch durch den zum Organ bestellten Nichtgesellschafter vertreten werden. Das muß aber immer durch ihre eigenen Organe - die Gesellschafter - geschehen können.[55]

Die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum Vertreter stößt dagegen nicht auf diese Schwierigkeiten. Der bevollmächtigende Ge-

---

54) BGHZ 36, 292 (295), Schlegelberger-Geßler § 125 Rdnr. 11, Baumbach-Duden § 125 Anm. 1 C.

55) Schlegelberger-Geßler § 125 Rdnr. 11, Weipert § 125 Anm. 4, Staub-Pinner § 125 Anm. 3, Hueck § 20 II 2, Heins NJW 1948, 254, BGHZ 26, 330 (333); 33, 105 (107 f.).

sellschafter bleibt Inhaber der organschaftlichen Vertretungsmacht, er begründet lediglich in der Person des Vollmachtsempfängers die Befugnis, sein Vertretungsrecht in seinem Namen auszuüben. Der Gesellschafter kann also trotz der Bestellung eines Vertreters die Gesellschaft selbst jederzeit organschaftlich vertreten. Damit zeigt sich, daß eine Vertreterbestellung den Grundsatz der Selbstorganschaft nicht berührt. Das Auftreten des bevollmächtigten Vertreters bringt andererseits aber auch keine besondere Gefährdung des Handelsverkehrs dadurch mit sich, daß die Vertreterbestellung nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Da der Gesellschafter selbst Träger der organschaftlichen Vertretungsmacht bleibt und darum weiterhin als vertretungsberechtigt im Handelsregister eingetragen ist, kann sein Vertreter nur in seinem Namen die ihm für die Gesellschaft zustehende Vertretungsmacht ausüben. Dadurch ist aber eine Täuschung Außenstehender über die Haftungsverhältnisse ausgeschlossen. Wenn der Vertreter in Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht im Namen des vollmachtgebenden Gesellschafters auftritt, wird niemand damit rechnen, er selbst sei Gesellschafter und hafte deshalb nach § 128 HGB. Durch das Handeln im Namen des vollmachtgebenden Gesellschafters wird das Vertretungsverhältnis offengelegt. Der so auftretende Vertreter erweckt daher auch Dritten gegenüber nur den wahren Haftungsverhältnissen entsprechende Vorstellungen. Durch die Vertretung seines Vollmachtgebers im Rahmen von dessen Vertretungsmacht bindet er die Gesellschaft und alle Gesellschafter in gleicher Weise, wie es dieser selbst tun würde.

Damit entfallen die gegen eine Bevollmächtigung zur Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht erhobenen Einwände. Die Ausübung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht durch einen bevollmächtigten Vertreter ist im Gegensatz zu deren Übertragung zu-

lässig.[56]

Im Ergebnis läßt sich für die Vertretungsmacht des Vertreters ein ganz ähnlicher Erfolg dadurch erzielen, daß dem Vertreter eine weitgefaßte, den Rahmen einer Prokura überschreitende Vollmacht für die Gesellschaft gegeben wird. Eine solche Generalvollmacht würde dann selbständig in der Person des Vertreters begründet sein und sich nicht von dem organschaftlichen Vertretungsrecht des Gesellschafters ableiten.[57]

c) Die Rechtslage nach der Vertreterbestellung.

Das Innenverhältnis des vertretenen Gesellschafters zu dem Vertreter ist wie bei jeder gewillkürten Vertretung das eines Auftrages oder einer Geschäftsbesorgung (§§ 662 ff., 675 BGB). Für den Fall, daß dem Testamentsvollstrecker Vollmacht erteilt wird, will der BGH[58] hier Testamentsvollstreckungsrecht anwenden. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Gesellschafter-Erben geht in diesem Falle jedoch nicht auf sein ihm von dem Erblasser gegebenes Amt zurück, sondern folgt aus der von dem Gesellschafter-Erben erteilten Vertretungsmacht. Der Testamentsvollstrecker wird also als gewillkürter Vertreter und nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker tätig. Dem entspricht auch sein Innenverhältnis zu dem Gesellschafter-Erben. Für

---

56) Vits S. 35 ff., im Ergebnis anscheinend so BGHZ 36, 292 (294).

57) Hueck § 20 I u. Richardi S. 23/24 halten sie für die einzig mögliche Form der Vertreterbestellung; bei Vits S. 36, 39 wird die Unterscheidung nicht ganz klar.

58) ohne nähere Begründung BGHZ 12, 100 (103).

die Anwendung von Testamentsvollstreckungsrecht ist hier kein Raum; auch das Innenverhältnis des bevollmächtigten Testamentsvollstreckers zu dem Gesellschafter-Erben richtet sich deshalb nach Auftragsrecht.

Aus diesem Innenverhältnis ergibt sich für den Gesellschafter keine Verpflichtung gegenüber dem Vertreter, diesem allein die Ausübung der Gesellschafterrechte zu überlassen. Auch die übrigen Gesellschafter haben hierauf aus der bloßen Zustimmung zu einer Vertreterbestellung keinen Anspruch. Der Gesellschafter könnte darum auch nach der Vollmachtserteilung ungehindert seine Rechte wahrnehmen. Um sich des Vertreters zu entledigen, könnte er dessen Bevollmächtigung auch jederzeit widerrufen. Gerade im Falle der im Interesse des Nacherben angeordneten Vertretung des Gesellschafter-Vorerben stellt sich daher die Frage, ob eine ausschließliche Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Vertreter erreicht werden kann.

d) Die Sicherstellung der alleinigen Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben durch den Vertreter.

Für eine Bindung des Gesellschafter-Vorerben an die ausschließliche Ausübung seiner Rechte durch den Vertreter ließe sich an die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht unter gleichzeitigem Verzicht auf eigene Ausübung der Gesellschafterrechte denken. Der Gesellschafter-Vorerbe könnte hierzu durch eine bedingte Einsetzung des entsprechenden Inhaltes veranlaßt werden.

Gesellschaftsrechtlich stößt eine mit dem Verzicht des Vorerben verbundene unwiderrufliche Vollmacht aber auf Schwierigkeiten: obwohl es sich hier formal betrachtet nicht um eine unzulässige

Übertragung der Gesellschafterrechte handelt, nähert sich eine solche Vollmacht durch ihren Zweck und ihre praktische Wirkung doch sehr weitgehend einer dinglich wirkenden Übertragung. Für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit kann deshalb die Betrachtung der Rechtsform allein nicht ausreichen. Hier ist es nur noch ein formaler Unterschied, daß der unwiderruflich bestellte Vertreter die Gesellschafterrechte als Rechte des Gesellschafters und nicht als ihm zu eigener Rechtsinhaberschaft übertragene Rechte ausübt. Tatsächlich wird und soll erzielt werden, daß der Gesellschafter-Vorerbe auf seine vermögensrechtliche Beteiligung beschränkt wird und sein Einfluß auf ihre Verwaltung auf den Vertreter übergeht. Die unwiderrufliche Vollmachtserteilung bei gleichzeitigem Verzicht auf die eigene Rechtsausübung ist daher als verdeckte Übertragung mit dem Erfolg der Abspaltung von Gesellschafterrechten anzusehen. Sie ist als Umgehung einer unzulässigen Übertragung der Gesellschafterrechte unzulässig.[59)]

Keine Abspaltung der Gesellschafterrechte bedeutet es indessen, wenn erbrechtlich bestimmt wird, daß der Widerruf der von dem Gesellschafter-Erben erteilten Vollmacht nur unter besonderen Voraussetzungen, z. B. bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, erfolgen soll. Das Erfordernis des Gesellschaftsrechtes, daß die Vollmacht widerrufbar sein muß, wird hierdurch nicht berührt. Der Gesellschafter-Erbe kann nämlich entgegen der von dem Erblasser getroffenen Regelung die Vollmacht widerrufen. Eine solche den Widerruf der Vollmacht untersagende Regelung ist jedoch ebensowenig

---

59) Für das Stimmrecht des Gesellschafters: BGHZ 3, 354 (359), daran anschließend: BGB-RGRK § 717 Anm. 11, Schlegelberger-Geßler § 119 Rdnr. 1, Hueck in JZ 1952, 116, Hueck § 11 II 3, Weipert NJW 1952, 178.

im Wege einer Auflage möglich wie die Verpflichtung des Gesellschafter-Erben zur Erteilung einer Vollmacht. Die erbrechtliche Pflicht zur Aufrechterhaltung der einmal erteilten Vollmacht würde nämlich zu denselben nicht auf den Nachlaß beschränkbaren Haftungsfolgen führen.[60] Gegen den Gesichtspunkt der den Nachlaß überschreitenden Haftung läßt sich nicht einwenden, daß der Erbe bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von der erbrechtlichen Verpflichtung, die Vollmacht nicht zu widerrufen, frei wäre.[61] Denn nach dem Sinn der Auflage wird der zum Widerruf berechtigende wichtige Grund gerade nicht in der Last der persönlichen Haftung gesehen werden können, so daß der Erbe, obwohl die Auflage einen Widerruf bei wichtigem Grund zuläßt, unter Umständen dauernd an den Vertreter gebunden bleibt. Der Erblasser kann aber die Einhaltung der von dem Erben einmal erteilten Vollmacht dadurch sichern, daß er den Widerruf der Vollmacht ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes und entsprechend die eigene Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erben zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung erhebt.[62] Diese Regelung begründet keine erbrechtlich bedenkliche Bindung des Erben an die Vertreterbestellung und ihre persönlichen Haftungsfolgen, kann aber trotzdem dazu führen, daß der Erbe sich nicht über den Willen des Erblassers hinwegsetzt.

III. Die erbrechtliche Verpflichtung des Vorerben zur Übertragung der Gesellschafterstellung auf einen Treuhänder.

Da eine Testamentsvollstreckung an der Gesellschafterstellung nicht

---

60) Vits S. 52 hält hier die Auflage für zulässig.

61) so Vits S. 52.

62) Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14 a, Richardi S. 56.

möglich ist und der Erblasser den ihm unzuverlässig erscheinenden Vorerben auch nicht verpflichten kann, offener Handelsgesellschafter zu bleiben und seine Gesellschafterrechte von einem Vertreter ausüben zu lassen, bleibt als erbrechtliches Mittel, eine sachgemäße Verwaltung der Gesellschafterstellung durch den Vorerben verbindlich sicherzustellen, nur dessen Verpflichtung zur Bestellung eines Treuhänders. Diese Verpflichtung des Vorerben könnte zum Inhalt einer den Vorerben beschwerenden Auflage gemacht werden. Ihr Vollzug würde in der Übertragung der Gesellschafterstellung zu getreuen Händen auf die vom Erblasser bestimmte Person liegen. Gesellschaftsrechtlich ist dies unter der Voraussetzung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich;[63] der Treuhänder übt dann die Gesellschafterrechte aus eigenem Recht in eigenem Namen aus. Eine Auflage dieses Inhalts enthält für den Vorerben kein persönliches aus dem Erbrecht nicht gedecktes Haftungsrisiko; denn nicht er, sondern der Treuhänder haftet für die während der Treuhandverwaltung begründeten Gesellschaftsschulden. Hierin liegt jedoch zugleich auch die Schwierigkeit für die Erfüllung einer solchen Auflage: die vom Erblasser zum Treuhänder bestimmte Person wird nämlich nicht immer bereit sein, sich dem Risiko der Gesellschafterhaftung auszusetzen. Ist diese Bereitschaft des künftigen Treuhänders aber gegeben, so kann eine Treuhandübertragung der Gesellschafterstellung durchgeführt werden.[64]

---

63) Hueck § 27 II Fußn. 16, Schlegelberger-Geßler § 130 Rdnr. 13, BGHZ 13, 179; 24, 106 (114).

64) Hueck § 28 II 5, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14 b, Siebert in Festschrift für Hueck S. 337 f., Nordemann NJW 1963, 1139 (1140), BGHZ 24, 106 (112 f.).

IV. Die möglichen letztwilligen Regelungen der Ausübung der Gesellschafterrechte des Vorerben (Zusammenfassung).

Daß der Gesellschafter-Vorerbe einen geeigneten Vertreter zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte bestellt, kann der Erblasser erbrechtlich nur durch eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung erreichen. Gesellschaftsrechtlich bedarf die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Vertreter des Vorerben der Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder der Zustimmung aller Gesellschafter im Einzelfall. Diese zu erreichen, dürfte aber regelmäßig nicht besonders schwer fallen, da die Interessen der übrigen Gesellschafter bei sorgfältiger Auswahl des Vertreters durch dessen Auftreten kaum berührt werden. Da die Erteilung der Vollmacht jedoch eine eigene Rechtsausübung des Gesellschafter-Vorerben nicht ausschließt und dieser hierauf auch nicht rechtswirksam verzichten kann, hängt die Sicherstellung der Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Vertreter letztlich von der Gutwilligkeit des Vorerben ab, sich der Verwaltung der Gesellschafterstellung durch den Vertreter unterzuordnen. Der Erblasser kann hierauf nur dadurch Einfluß nehmen, daß er den ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgesprochenen Widerruf der Vollmacht zur auflösenden Bedingung der Einsetzung des Vorerben erhebt.

Die zuverlässigste Sicherstellung der Gesellschafterstellung erreicht der Erblasser dadurch, daß er den Vorerben durch eine Auflage verpflichtet, sie auf einen Treuhänder zu übertragen. Voraussetzung dafür ist aber neben der Zustimmung aller Gesellschafter die Bereitschaft des Treuhänders zur Übernahme der Gesellschafterhaftung.

Die Wahl des Vertreters oder des Treuhänders kann insbesondere auch auf den über den übrigen Nachlaß eingesetzten Testamentsvoll-

strecker fallen. Die Stellung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Vorerben beruht dann nicht auf seinem erbrechtlichen Amt sondern auf seiner Stelllung als Vertreter oder als Treuhänder. Unter Umständen kann eine bezüglich der Gesellschafterstellung angeordnete und insofern undurchführbare Testamentsvollstreckung in eine dieser beiden Möglichkeiten umgedeutet werden.[65] Ob der Anordnung der Testamentsvollstreckung ein derartiger Wille des Erblassers entnommen werden kann, ist im Einzelfall eine Frage der Testamentsauslegung. Die Annahme einer durch die Vertreterbestellung aufschiebend bedingten Erbeinsetzung wird auf diese Weise wohl nur ausnahmsweise möglich sein. Es müßte sich hierzu aus der letztwilligen Anordnung deutlich feststellen lassen, daß der Erbanfall von der Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker abhängig sein soll. Diese Feststellung dürfte aber außerhalb einer ausdrücklich aufschiebend bedingten Erbeinsetzung nur in seltenen Fällen, die dazu besondere Anhaltspunkte bieten, getroffen werden können.[66]

D. Letztwillige Regelungen für die Feststellung und Entnahme von Gewinnen durch den Vorerben.

In der Frage der Feststellung und Entnahme von Gewinnen durch den Gesellschafter-Vorerben werden der Vorerbe und der Nacherbe

---

65) Bezüglich der bedingten Erbeinsetzung: Kipp-Coing § 68 III 2 b u. c, Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 67, BGHZ 12, 100 (103) für das Einzelhandelsgeschäft, zweifelnd Hueck § 28 Fußn. 51. Bezüglich der Verpflichtung zur Treuhandübertragung: Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 68, Hueck § 28 II 5, Richardi S. 57, Siebert in Festschrift für Hueck S. 337, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14 b, Nordemann NJW 1963, 1139 (1140), Baumbach-Duden § 139 Anm. 4 D, BGHZ 24, 106 (112).

66) Siebert in Festschrift für Hueck S. 334, Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 14 a, Richardi S. 53.

leicht gegensätzliche Interessen verfolgen. Der Vorerbe wird von der Beteiligung an der Gesellschaft größtmöglichen Nutzen haben wollen, während für den Nacherben die Erhaltung des Wertes der Beteiligung vordringlich ist. Dem Erblasser kann deshalb daran liegen, diesen Interessenwiderstreit auszugleichen, indem er den Umfang der Gewinne festlegt, die der Vorerbe aus der Gesellschaftsbeteiligung ziehen soll. Er kann dies durch Beschwerung des Vorerben mit entsprechenden Auflagen erreichen. Das ist erbrechtlich bedenkenfrei, da der Gesellschafter-Vorerbe hierdurch keinen den Nachlaß überschreitenden persönlichen Pflichten unterliegt. Durch solche Auflagen kann der Vorerbe weitergehend, als es die Pflicht des § 2130 BGB zu ordnungsgemäßer Verwaltung erfordert, verpflichtet werden, bei der Feststellung und der Entnahme von Gewinnen die Interessen des Nacherben zu beachten. Der Erblasser hat so die Möglichkeit, von ihm als richtig erkannte kaufmännische Grundsätze für den Gesellschafter-Vorerben verbindlich festzulegen.

Drittes Kapitel
Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der offenen Handelsgesellschafterstellung mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln.

A. Allgemeine Problematik.

Um den künftigen Übergang der Gesellschafterstellung auf den Nacherben sicherzustellen, kann der Einfluß des Vorerben auf sie auch vom Gesellschaftsrecht aus geregelt werden. Hierbei ist an Bestimmungen zu denken, die die Mitwirkung des Vorerben an der Führung der Gesellschaft oder auch seine Verfügungsmacht über die Gesellschafterstellung beschränken. Möglich wäre dies dadurch, daß der Vorerbe von bestimmten Gesellschafterrechten ausgeschlossen oder deren wirksame Ausübung von der Zustimmung des Nach-

erben oder eines Testamentsvollstreckers abhängig gemacht wird; der Vorerbe könnte aber auch gesellschaftsrechtlich verpflichtet werden, seine Gesellschafterrechte durch einen bevollmächtigten Vertreter ausüben zu lassen.

I. Die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter zu gesellschaftsrechtlichen Regelungen.

Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen der Rechte des Gesellschafter-Vorerben kann der Erblasser nicht einseitig durch letztwillige Verfügungen erreichen; letztwillige Verfügungen können nur erbrechtliche Wirkungen gegenüber dem Vorerben entfalten, ohne daß dadurch dessen Rechte im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern betroffen werden. Zur Abänderung der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Gesellschafter-Vorerben gegenüber der seines Erblassers bedarf es einer Änderung des Gesellschaftsvertrages, zu der nur alle Gesellschafter gemeinsam befugt sind. Eine solche Änderung des Gesellschaftsvertrages kann auch dadurch erreicht werden, daß die Gesellschafter von vornherein in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufnehmen, die die Gesellschafterrechte des künftigen Vorerben regelt.

Durch die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter kann es für den Erblasser schwierig sein, die im Interesse des Nacherben geplante Einschränkung der Gesellschafterrechte des Vorerben zu erreichen. Nicht immer werden nämlich die Mitgesellschafter dazu bereit sein, die Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben gegenüber der des Erblassers abzuändern; besonders wenn sie auf die Mitarbeit aller Gesellschafter zur Führung der Gesellschaft angewiesen sind, werden sie auch in dem Vorerben einen mit allen Rechten ausgestatteten Gesellschafter haben wollen. Andererseits wird der Erblasser seinen Vorerben aber auch nur dann in be-

stimmten Rechten beschränken wollen, wenn er ihn für nicht genügend qualifiziert zur sachgemäßen Verwaltung der Gesellschafterstellung hält, oder wenn er befürchtet, daß der Vorerbe dazu neig', aus der Gesellschaft auszuscheiden, um das in ihr steckende Vermögen anderweitig zu verwenden. In beiden Fällen wird sich das Interesse des Erblassers an einer besonderen Regelung der Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben mit dem der übrigen Gesellschafter treffen. Im ersten Falle werden es die Mitgesellschafter begrüßen, den Einfluß eines nicht qualifizierten Vorerben auf die Gesellschaftsführung verkleinern zu können; und da in offenen Handelsgesellschaften immer ein besonderes Interesse an der Zusammenhaltung der Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter und auch an der Erhaltung des Kredites besteht, der in dem übrigen privaten Vermögen des Gesellschafter-Vorerben liegen kann, würde der Erblasser auch im zweiten Falle die Zustimmung seiner Mitgesellschafter finden können. - Tatsächlich enthalten Gesellschaftsverträge gelegentlich für einen Vorerben derartige Regelungen.

II. Die Wirkung der Regelungen des Gesellschaftsvertrages für den Vorerben.

Andererseits bedarf die Beschränkung der Gesellschafterrechte durch den Gesellschaftsvertrag, nachdem diese einmal von allen Gesellschaftern beschlossen ist, zu ihrer Wirksamkeit nicht mehr der Zustimmung des von ihr betroffenen Vorerben. Der Erbe kann die Gesellschafterstellung nur in der Gestalt erwerben, wie sie der Gesellschaftsvertrag für ihn vorsieht. Haben die Gesellschafter eine Änderung seiner Rechtsstellung gegenüber der seines Erblassers festgelegt, so kann er nur mit diesem Rechtsinhalt Gesellschafter werden.

Soweit einzelne Gesellschafterrechte überhaupt ausschließbar sind oder der Vorerbe im Gesellschaftsvertrag verpflichtet werden kann, ihre Ausübung einer anderen Person zu überlassen, unterscheidet sich eine solche Regelung wesentlich von einer erbrechtlichen Anordnung des gleichen Inhalts. Wenn der Vorerbe durch eine Testamentsvollstreckung von Gesellschafterrechten ausgeschlossen oder durch Auflagen oder Vermächtnisse zu ihrer Nichtausübung verpflichtet ist, so stehen diese Bindungen für die Dauer ihrer Anordnung unabänderlich fest; der Testamentsvollstrecker, Vermächtnisnehmer und die in § 2194 BGB genannten Personen können ihre Einhaltung ohne Rücksicht auf besondere gegenteilige Interessen des Vorerben durchsetzen. Die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Bindungen des Vorerben gegenüber den Mitgesellschaftern stehen aber immer unter dem Vorbehalt des für alle gesellschaftlichen Verpflichtungen geltenden Treuegedankens (§ 242 BGB).[1] An ihm findet auch das Recht der Mitgesellschafter, von dem Vorerben die Einhaltung der ihm im Gesellschaftsvertrag bestimmten Beschränkungen zu fordern, seine Grenze. Das gilt besonders für solche Fälle, in denen die strikte Einhaltung von Beschränkungen der Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben zu einer außergewöhnlichen Belastung des Vorerben führen würde.[2]

B. Die Beschränkbarkeit der Verfügungsmacht des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich gemäß § 109 HGB in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag.

---

1) vgl. Hueck § 9 II.

2) BGHZ 8, 35, BGH NJW 1956, 1198 für die Majoritätsregelung bei Gesellschafterbeschlüssen und für den vom Stimmrecht ausgeschlossenen Kommanditisten.

Die Rechte des offenen Handelsgesellschafters können daher insoweit beliebig geregelt werden, als nicht ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen oder die jeder Vereinbarung gesetzte Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) entgegensteht. Könnte der Gesellschafter-Vorerbe innerhalb dieser Schranken von jeder Verfügung über die Gesellschafterstellung ausgeschlossen oder aber deren Wirksamkeit von der Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers abhängig gemacht werden, so wäre der Nacherbe vor einer rechtlichen Änderung oder Auflösung seiner künftigen Gesellschafterstellung durch den Vorerben geschützt. Denn im Gegensatz zu der oben[3)] versuchten erbrechtlichen Verfügungsbeschränkung in entsprechender Anwendung der §§ 2113 ff. BGB würde die gesellschaftsrechtliche Verfügungsbeschränkung dem Vorerben von vornherein jede Verfügung über die Gesellschafterstellung dinglich verwehren und nicht erst im Augenblick der Nacherbfolge wirksam werden. Inwieweit eine solche gesellschaftsrechtliche Regelung getroffen werden kann, muß wegen der Verschiedenartigkeit der einzelnen Verfügungsrechte des Gesellschafter-Vorerben für jedes von ihnen einzeln festgestellt werden.

I. Das Wahlrecht des Gesellschafter-Vorerben nach § 139 HGB.

Nach § 139 Abs. 5 HGB können die Vorschriften über das Wahlrecht des Gesellschafter-Erben nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Da hierdurch dem Erben die ungehinderte Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung garantiert werden soll, sind alle gesellschaftsvertraglichen Regelungen verboten, die seine Entscheidungsfreiheit entgegen den Bestimmungen des § 139 HGB

---

3) siehe oben Seite 24 ff.

engen.[4] Die Ausübung des Wahlrechtes kann deshalb insbesondere auch nicht von der Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers abhängig gemacht werden.

II. Das Kündigungsrecht des Gesellschafter-Vorerben.

Nach § 132 HGB kann der offene Handelsgesellschafter zum Schluß des Geschäftsjahres mit einer Frist von 6 Monaten kündigen, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Neben diesem ordentlichen Kündigungsrecht besteht - der außerordentlichen Kündigung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB) entsprechend - die Möglichkeit, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos Klage auf Auflösung der Gesellschaft zu erheben (§ 133 Abs. 1 HGB); die Auflösung der Gesellschaft tritt in diesem Falle mit der Rechtskraft des Urteils ein.

§ 133 Abs. 3 HGB erklärt jede Regelung, durch die das Recht zur Erhebung der Auflösungsklage ausgeschlossen oder beschränkt wird, für nichtig. Nicht so eindeutig läßt sich jedoch entscheiden, inwieweit das ordentliche Kündigungsrecht eingeschränkt werden kann.

1. Die Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechtes.

Die Regelung des HGB über das ordentliche Kündigungsrecht (§ 132 HGB) enthält im Gegensatz zu § 133 HGB keine Vorschrift über dessen Abdingbarkeit. Aus dem besonderen gesetzlichen Verbot eines Ausschlusses des Rechtes zum Erheben der Auflösungsklage (§ 133 Abs. 3 HGB) und dem Fehlen einer entsprechenden Be-

---

[4] Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 61, Hueck § 28 VI.

stimmung für das ordentliche Kündigungsrecht könnte der Schluß gezogen werden, dieses könne durch den Gesellschaftsvertrag beliebig beschränkt werden.[5)]

a) Die Anwendung des § 723 Abs. 3 BGB auf das ordentliche Kündigungsrecht des offenen Handelsgesellschafters.

Für diese Frage darf indessen nicht übersehen werden, daß nach § 105 Abs. 2 HGB für die offene Handelsgesellschaft ergänzend das Recht der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft gilt, das in § 723 Abs. 3 BGB eine Regelung über die Einschränkbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechtes enthält. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Kündigungsrecht des offenen Handelsgesellschafters könnte nur ausgeschlossen sein, wenn § 132 HGB ebenso wie § 133 HGB eine erschöpfende Regelung des Kündigungsrechtes enthalten sollte. Dadurch würde sich die ergänzende Heranziehung der Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Frage der Einschränkbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechtes verbieten.

In § 132 HGB ist indessen keine abschließende Regelung des Kündigungsrechtes getroffen. Das folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, der nicht das Recht des Gesellschafters zur Kündigung aufstellt, sondern es voraussetzt. § 132 HGB besagt nämlich nicht, daß "die Gesellschafter kündigen können" (so § 723 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern bestimmt nur, <u>wann</u> die Kündigung zu erfolgen hat, um fristgemäß zu sein. Bedeutung hat § 132 HGB deshalb nur für die Frage der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins; er

---

5) so RG JW 1926, 1959.

schließt damit an die in § 723 BGB getroffene Regelung an, die durch die Verweisung in § 105 Abs. 2 HGB mangels anderer gesetzlicher Vorschriften auch für das Kündigungsrecht des offenen Handelsgesellschafters Anwendung findet.[6)]

Ob das ordentliche Kündigungsrecht für den Gesellschafter-Vorerben ausgeschlossen werden kann, entscheidet sich somit daran, ob ein solcher Kündigungsausschluß mit § 723 BGB vereinbar ist. Nach § 723 Abs. 3 BGB sind Vereinbarungen nichtig, durch die das Kündigungsrecht des Gesellschafters ausgeschlossen oder den Vorschriften des § 723 Abs. 1 u. 2 BGB zuwider beschränkt wird. Ein völliger Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes eines offenen Handelsgesellschafters ist danach nicht möglich. Trotzdem wird er unter der Voraussetzung für zulässig gehalten, daß dem Gesellschafter anstelle des Kündigungsrechtes eine dem § 139 HGB entsprechende Möglichkeit zur Umwandlung seiner Gesellschafterstellung in eine Kommanditbeteiligung gegeben wird.[7)] Dabei bleibt jedoch der Gesichtspunkt außer Acht, daß der Zweck des Kündigungsrechtes nicht allein die Lösung der persönlichen Verpflichtungen ist. Sein Ziel ist vielmehr die völlige Lösung des Gesellschafters von seinen bisherigen Mitgesellschaftern in persönlicher und auch vermögensrechtlicher Hinsicht;[8)] beides will § 723 Abs. 3 BGB garantieren. Anders wäre gar nicht zu verstehen, warum dem Kommanditisten nach § 161 Abs. 2 HGB dasselbe Kündigungsrecht wie dem offenen Handelsgesellschafter zusteht. Da der Kommanditist nur sehr geringen persönlichen Bindungen unterliegt, zeigt die Gleich-

---

6) Weipert § 132 Anm. 15, Schlegelberger-Geßler § 132 Rdnr. 13, BGH JZ 1954, 195, Hueck § 24 I 5.

7) Steiner S. 125/126, Würdinger S. 137.

stellung seines Kündigungsrechtes mit dem des offenen Handelsgesellschafters, daß die Unterscheidung zwischen persönlicher und vermögensmäßiger Lösungsmöglichkeit unberechtigt ist.

Von anderer Seite[9] wird der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes aus der volkswirtschaftlichen Notwendigkeit der Erhaltung des Unternehmens befürwortet; es ist aber nicht zu erkennen, wie dieses an sich einleuchtende volkswirtschaftliche Interesse, das auch für den Ausschluß des Vorerben vom Kündigungsrecht ins Feld geführt werden könnte, mit dem klaren Verbot des Kündigungsausschlusses nach § 723 Abs. 3 BGB in Einklang gebracht werden soll. Ein völliger Kündigungsausschluß ist nach § 723 Abs. 3 BGB mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft nicht vereinbar.[10]

b) Die nach § 723 Abs. 1 u. 2 BGB möglichen Einschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechtes.

Da eine Beschränkung des Kündigungsrechtes nur dann nichtig ist, wenn sie in Widerspruch zu den Vorschriften des § 723 Abs. 1 u. 2 BGB steht, ist zu prüfen, welche Beschränkungen danach zulässigerweise getroffen werden können. Aus § 723 Abs. 1 u. 2 BGB ergibt sich, daß das ordentliche Kündigungsrecht durch die Vereinbarung einer bestimmten Dauer des Gesellschaftsvertrages für diese Zeit ausgeschlossen werden kann. Ein Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes durch zeitliche Festlegung der Gesellschaft steht

---

8) Geßler in Soziale Praxis 1939, 670 (677).

9) Siebel DNotZ 1954, 71 ff., Barz JW 1938, 490 ff. für den Kommanditisten.

10) BGH JZ 1954, 195, JZ 1957, 309, Schlegelberger-Geßler § 132 Rdnr. 13, Weipert § 132 Anm. 15.

also nicht in Widerspruch zu § 723 Abs. 3 BGB. Aber auch bei Abschluß eines zeitlich unbegrenzten Gesellschaftsvertrages kann das Kündigungsrecht zeitweise ausgeschlossen werden; ein solcher Ausschluß kollidiert nicht mit § 723 Abs. 3 BGB. Da das ordentliche Kündigungsrecht dem Gesellschafter durch Festlegung der Gesellschaft auf bestimmte Zeit ausgeschlossen werden kann, muß auch vereinbart werden können, daß bei unbegrenzter Vertragsdauer eine Zeit lang nicht gekündigt werden darf.[11] Eine derartige Vereinbarung bedeutet mittelbar eine Bestimmung der Dauer des Gesellschaftsvertrages: die Gesellschaft ist für die Zeit, während derer nicht gekündigt werden darf, fest eingegangen.

§ 723 Abs. 3 BGB schließt somit zeitliche Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechtes nicht aus.[12] Nur dürfen diese Beschränkungen nicht für ungewisse Zukunft gelten. Wie im Falle der Festlegung der Gesellschaft auf bestimmte Zeit dürfen auch sie nur einen bestimmten Zeitraum umfassen. Dabei ist nicht erforderlich, daß der fragliche Zeitraum kalendermäßig bestimmt wird; es genügt jede Festsetzung der Zeitspanne des Kündigungsausschlusses, wenn sie nur im konkreten Falle übersehbar und durch die Umstände, an die sie anknüpft, genügend bestimmbar ist.[13]

c) Die zulässige Dauer eines zeitlichen Kündigungsausschlusses.

Für die höchstmögliche Dauer, auf die eine Gesellschaft durch Aus-

---

11) BGHZ 10, 98, RGZ 82, 395; 95, 151; 156, 134; RG DR 1939, 1521, Staudinger-Geiler-Kessler § 723 Rdnr. 39 u. 43 d, BGB-RGRK § 723 Anm. 3.

12) Geßler in Soziale Praxis 1938, 1173 (1176).

13) BGHZ 10, 98, RGZ 136, 241, RG Seuff. A 94 Nr. 56, Staudinger-Geiler-Kessler § 723 Rdnr. 43 d, Schlegelberger-Geßler § 132 Rdnr. 14, Weipert § 132 Anm. 15.

schluß des Kündigungsrechtes festgelegt werden kann, kennt weder das BGB noch das HGB Bestimmungen, wie sie sich sonst für Vertragsverhältnisse von langer Dauer finden (§§ 567, 624 BGB). Lediglich die Bindung eines Gesellschafters auf Lebenszeit ist verboten; eine derart geschlossene Gesellschaft wird gem. § 134 HGB (entspr. § 724 BGB) als auf unbestimmte Zeit eingegangen behandelt und kann daher mit halbjähriger Frist zum Ende des Geschäftsjahres gekündigt werden (§ 132 HGB). Im übrigen hat der Gesetzgeber zeitliche Schranken mit dem Hinweis darauf für nicht notwendig gehalten, daß sich alle Bedenken gegen die unbeschränkte Zulassung einer die Gesellschaftsdauer festsetzenden Übereinkunft, durch die Vorschrift über die Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund erledigen würden.[14] Bei dieser Annahme wird jedoch übersehen, daß gerade im Hinblick auf die persönlichen Verpflichtungen eines Gesellschafters die Auflösungsmöglichkeit der Gesellschaft aus wichtigem Grund nicht ausreichend sein kann. Wäre sie es, würden alle Überlegungen nicht nur zu der zeitlichen Begrenzung eines Kündigungsausschlusses sondern zu dem Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes überhaupt überflüssig sein. Es erscheint aber als nicht mit den Anschauungen über die persönliche Freiheit vereinbar, jemanden in einer Gesellschaft, für die er mit seinem Namen, seiner Arbeitskraft und seinem ganzen Vermögen einstehen muß, solange festzuhalten, als er für sein Ausscheiden nicht einen Grund angeben kann, der von jedermann als objektiv wichtig anerkannt wird.[15]

---

14) Mot. II 621.

15) Weipert § 132 Anm. 15.

Mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung über die Dauer, für die ein Gesellschafter an die Gesellschaft gebunden werden kann, muß deren Begrenzung in den allgemeinen Vorschriften des BGB gefunden werden. Eine allzulange Bindung an die Gesellschaft kann nach allgemeiner Ansicht als zu große Beschränkung der persönlichen Freiheit des Gesellschafters gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.[16] Es ist jedoch schwierig festzustellen, von welcher Dauer an ein Kündigungsausschluß nach § 138 BGB nichtig sein soll. Ganz generell kann das kaum entschieden werden. Ausgegangen werden muß davon, daß es sich bei der Zugehörigkeit zu einer offenen Handelsgesellschaft um ein seiner Natur nach auf lange Dauer berechnetes Beteiligungsverhältnis handelt. Andererseits müssen für die Beurteilung im Einzelfalle alle Einzelheiten des konkreten Gesellschaftsvertrages und das Ausmaß der durch sie erzeugten persönlichen und vermögensmäßigen Bindung des Gesellschafters betrachtet werden. Die im Gesellschaftsvertrag gegebene Möglichkeit, die Gesellschaftsbeteiligung zu übertragen, könnte z. B. den Ausgleich für einen langfristigen Kündigungsausschluß bilden. Bei der Abwägung aller Umstände, ob eine unbillige Beschränkung des Kündigungsrechtes vorliegt, ist auch zu beachten, daß dem Grundsatz der Erhaltung des Unternehmens Bedeutung zukommen muß.[17] Der Kündigungsausschluß darf sich jedoch niemals auf einen so langen Zeitraum erstrecken, daß die Beseitigung der Kündigungsmöglichkeit für diese Zeit praktisch dem gänzlichen Ausschluß des Kündigungsrechtes gleichkommt; denn dem würde der in § 723 Abs. 3 BGB aufgestellte Grundsatz

---

16) RG JW 1926, 1960, Staudinger-Geiler-Kessler § 734 Rdnr. 3, Schlegelberger-Geßler § 134 Rdnr. 2, Weipert § 131 Anm. 20, BGB-RGRK § 723 Anm. 13.

17) sehr weitgehend in diesem Punkt Siebel DNotZ 1954, 71 ff.

entgegenstehen, daß das Kündigungsrecht stets nur zeitlichen Beschränkungen unterliegen, nicht aber vollkommen aufgehoben werden kann.

Unter diesen Gesichtspunkten hat das Reichsgericht einen Ausschluß des Kündigungsrechtes für die Dauer von 10 Jahren für unbedenklich zulässig erachtet.[18] Es hat dabei nicht zu erkennen gegeben, daß diese Zeit als Höchstgrenze für den Kündigungsausschluß angesehen werden müßte. Sie kann vielmehr noch überschritten werden. Ob es allerdings möglich ist, die Bindung an die Gesellschaft auf 30 Jahre auszudehnen - wie dies z. B. § 567 BGB für das Mietverhältnis gestattet - erscheint sehr zweifelhaft; hiergegen bestehen zwar keine Bedenken daher, daß ein bei Abschluß dieser Regelung schon alter Gesellschafter durch die 30-jährige Bindung unter Umständen bis an sein Lebensende an die Gesellschaft gebunden sein könnte; denn das Verbot der Festlegung einer offenen Handelsgesellschaft auf die Lebensdauer eines Gesellschafters (§ 134 HGB) greift nicht schon immer dann ein, wenn die in Aussicht genommene Zeitdauer die mutmaßliche Lebensdauer eines Gesellschafters übersteigt, sondern es trifft nur den Fall, daß ausdrücklich die Lebenszeit eines Gesellschafters die Dauer der Gesellschaft festlegen soll.[19] Eine gesellschaftliche Bindung von 30 Jahren erscheint aber wegen der schwerwiegenden persönlichen Verpflichtungen und finanziellen Belastungen des Gesellschafters re-

---

18) RG JW 1926, 1960, so auch Schneider-Martin S. 78.

19) h. M. Schlegelberger-Geßler § 134 Rdnr. 3, Weipert § 134 Anm. 4, Hueck § 24 I 1 Fußn. 6, Staudinger-Geiler-Kessler § 724 Rdnr. 1, RGZ 156, 134, abweichend Baumbach-Duden § 134 Anm. 1.

gelmäßig als zu lang, wenn sie auch aus besonderen Umständen des Einzelfalles einmal zulässig sein mag.[20] - Der Zeitraum der Bindung muß für den Gesellschafter übersehbar bleiben und darf ihm nicht durch seine große Länge praktisch die Kündigungsmöglichkeit ganz entziehen; dem käme ein 30-jähriger Kündigungsausschluß aber bedenklich nahe. Die zeitliche Höchstgrenze wird deshalb tiefer anzusetzen sein. Weipert[21] hält die Bindung an die Gesellschaft für die Zeit der Ausnutzung eines Patentes für zulässig. Nach § 10 PatGesetz sind dies 18 Jahre. Steiner sieht 15 Jahre für zweifellos zulässig an.[22] Bei etwa diesen Fristen wird die höchstmögliche Dauer für die Bindung an eine offene Handelsgesellschaft liegen.

2. Der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes für den Gesellschafter-Vorerben.

Die im Vorstehenden herausgestellten Grundsätze müssen auch auf eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag angewandt werden, die das Kündigungsrecht für den Vorerben ausschließt. Da der Vorerbe die Gesellschafterstellung mit dem Erbfall erwirbt und sie mit dem Eintritt der Nacherbfolge wieder verliert, entsteht für ihn durch den Ausschluß seines Kündigungsrechtes eine Bindung an die Gesellschaft nur für die Dauer seiner Vorerbenstellung. Die Zeitdauer, während derer der Gesellschafter-Vorerbe von dem Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, bestimmt sich deshalb nach der Dauer seiner Erbeneinsetzung. Kann sie als genügend zeitlich

---

20) BGB-RGRK § 723 Anm. 13, dagegen hält Potthoff-Zintzen S. 184 die Bindung auf 30 Jahre für zulässig.

21) Weipert § 131 Anm. 20.

22) Steiner S. 125, 172.

bestimmt angesehen werden und hält sich ihre Länge in den oben aufgezeigten Grenzen, so steht einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die das Kündigungsrecht des Vorerben ausschließt, nichts im Wege.

Die Dauer der Erbeinsetzung des Vorerben richtet sich nach der testamentarischen Anordnung des Erblassers. Der Erblasser kann jeden beliebigen Zeitpunkt für den Übergang der Erbschaft von dem Vor- auf den Nacherben bestimmen. In den meisten Fällen des praktischen Lebens wird der Vorerbe für seine Lebenszeit eingesetzt. Statt an den Tod des Vorerben kann der Zeitpunkt der Nacherbfolge aber zum Beispiel auch an den Ablauf einer bestimmten Frist seit dem Erbfall anknüpfen oder daran, daß der Nacherbe ein bestimmtes Alter erreicht, oder daß dem Vorerben ein Nachkomme geboren wird. Die Nacherbfolge kann auf die Wiederheirat des zum Vorerben eingesetzten Ehegatten oder - gerade bei der Vererbung einer Gesellschafterstellung - auf das Erreichen eines bestimmten Alters oder Berufszieles des Nacherben festgelegt werden.

Die Dauer der Vorerbschaft kann daher von völlig unterschiedlicher - entweder nur durch Zeitablauf oder durch den Eintritt besonderer Ereignisse bestimmter - Länge sein. Eine Grenze ist ihrer Länge nur durch § 2109 Abs. 1 S. 1 BGB gesetzt, wonach die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablaufe von 30 Jahren seit dem Erbfall unwirksam wird. Diese Einschränkung der Dauer der Vorerbschaft ist aber durch die für sie nach § 2109 Abs. 1 S. 2 BGB geltenden Ausnahmen nur von geringer Bedeutung. Denn die Ausnahmen der 30-jährigen Frist betreffen gerade die in der Praxis wichtigsten Fälle der Nacherbschaftsanordnung: den Eintritt eines Ereignisses in der Person des zur Zeit des Erbfalles schon lebenden Vor- oder Nacherben (§ 2109 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 BGB) und

die Nacherbenregelung für den Fall der Geburt von zu Nacherben bestimmten Geschwistern des Vor- oder Nacherben (§ 2109 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 BGB). In diesen Fällen bleibt die Nacherbeneinsetzung daher auch über die Frist von 30 Jahren seit dem Erbfall hinaus wirksam.

a) Der Vorerbe ist für seine Lebenszeit eingesetzt.

Ist der Eintritt der Nacherbfolge auf den Tod des Vorerben angeordnet, so hat ein im Gesellschaftsvertrag bestimmter Ausschluß des Kündigungsrechtes für den Vorerben den Inhalt, daß dieser sich für seine Lebenszeit nicht durch Kündigung von der Gesellschaft lösen kann. Eine solche lebenslange Bindung steht in Widerspruch zu § 134 HGB. Nach dieser Vorschrift gilt die auf Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossene Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit eingegangen und ist darum nach den allgemeinen Regeln (§ 132 HGB) kündbar. Da ein Kündigungsausschluß die Gesellschaft für den betroffenen Gesellschafter mittelbar auf die in dem Ausschluß bestimmte Zeit festlegt,[23] unterliegt die Dauer, auf die er sich beziehen kann, auch der Vorschrift des § 134 HGB. Ein Gesellschafter kann deshalb nicht durch einen Kündigungsausschluß, dessen Länge an die Lebenszeit des Gesellschafters anknüpft, an die Gesellschaft gebunden werden. Dadurch, daß der Gesellschaftsvertrag das Kündigungsrecht des Vorerben ausschließt und der Vorerbe auf Lebenszeit eingesetzt ist, würde dem Gesellschafter-Vorerben aber die Kündigungsmöglichkeit bis an sein Lebensende genommen sein. Falls der Vorerbe für seine Lebenszeit eingesetzt wird, kann ein Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes für ihn nicht wirksam getroffen werden.

---

23) siehe oben Seite 125.

b) Das Erbrecht des Vorerben dauert bis zur Geburt eines Nacherben, bis zum Erreichen eines Berufszieles durch den Nacherben oder bis zur Wiederheirat des zum Vorerben eingesetzten Ehegatten.

Soll die Nacherbfolge mit der Gebut eines Nachkommen des Vorerben oder eines Dritten oder damit eintreten, daß der künftige Nacherbe ein bestimmtes Berufsziel erreicht, so hängt die Länge der Zeit, für die der Vorerbe Gesellschafter ist und kein Kündigungsrecht hat, von einem Ereignis ab, dessen Eintritt gänzlich ungewiß ist. Es ist in keiner Weise absehbar, wann der bestimmte Nachkomme geboren oder der in Aussicht genommene Nacherbe das festgesetzte Berufsziel erreichen wird. Dasselbe gilt, falls die Nacherbfolge mit der Wiederheirat des zum Nacherben eingesetzten Ehegatten eintreten soll. Diese Ereignisse brauchen überhaupt nie einzutreten. Die Länge der Zeit, für die der Vorerbe durch den Kündigungsausschluß an die Gesellschaft gebunden wird, ist hier nicht bestimmbar. Ein Ausschluß des Kündigungsrechtes des Gesellschafter-Vorerben ist deshalb auch in diesem Falle gesellschaftsrechtlich nicht zulässig. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, daß der Vorerbe mit dem Ablaufe von 30 Jahren seit dem Erbfall, wenn bis dahin der Nacherbfall nicht eingetreten ist, gem. § 2109 Abs. 1 S. 1 BGB zum Vollerben werden kann und damit ein dem Gesellschafter-Vorerben bestimmter Kündigungsausschluß für ihn fortfällt. Denn einerseits bleibt die Vor- und Nacherbeneinsetzung trotz des Ablaufes von 30 Jahren in dem Falle wirksam bestehen, daß der Nacherbe beim Erbfall bereits lebt und ein Ereignis in seiner Person (hier Berufsziel) die Nacherbfolge auslösen soll; andererseits ist ein Kündigungsausschluß für die Zeit

von 30 Jahren im allgemeinen nicht möglich.[24)]

c) Das Erbrecht des Vorerben dauert bis zu einem bestimmten Alter des künftigen Nacherben oder bis zu einer bestimmten Frist seit dem Erbfall.

Anders beurteilt sich die Zulässigkeit eines Kündigungsausschlusses für den Gesellschafter-Vorerben, falls der Nacherbfall mit dem Erreichen eines bestimmten Alters des zur Zeit des Erbfalles bereits lebenden Nacherben eintreten soll. Die Zeit, während derer der Vorerbe an die Gesellschaft gebunden ist, läßt sich dann von dem Einrücken des Vorerben in die Gesellschaft beim Erbfall an genau bestimmen. Wenn die Dauer der Vorerbschaft dabei die gesellschaftsrechtlich zulässigen zeitlichen Grenzen nicht überschreitet, bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Kündigungsausschlusses für den Vorerben.

Soll z. B. ein beim Erbfall noch nicht Volljähriger mit dem Erreichen der Volljährigkeit Nacherbe werden, so kann für die Dauer der Erbenstellung des Vorerben dessen Kündigungsrecht ausgeschlossen werden. Denn in diesem bei der Nacherbfolge in eine Familiengesellschaft durchaus bedeutsamen Fall kann die durch den Kündigungsausschluß für den Vorerben bewirkte Bindung an die Gesellschaft nicht länger als bis zum 22. Geburtstag des künftigen Nacherben dauern. Diese Frist stellt zwar bereits die obere Grenze für einen Kündigungsausschluß dar, kann aber doch noch als zulässig angesehen werden.

---

24) siehe oben Seite 128 f.

Für eine bestimmte Zeit wird das Kündigungsrecht des Vorerben auch dann ausgeschlossen, wenn der Nacherbfall auf ein bestimmtes Alter des Vorerben festgelegt oder wenn der Vorerbe überhaupt nur bis zum Ablaufe einer bestimmten Frist vom Erbfall eingesetzt ist. Solche Anordnungen des Erblassers bieten eine genaue zeitliche Bestimmung für die Dauer der Vorerbschaft und damit für die Länge der Bindung des Vorerben an die Gesellschaft. Bleiben sie innerhalb der gesellschaftsrechtlich zulässigen Zeitspanne, so wird der Gesellschafter-Vorerbe durch eine entsprechende Regelung des Gesellschaftsvertrages wirksam von dem ordentlichen Kündigungsrecht ausgeschlossen.

3. Die Zulässigkeit einer Bindung des Kündigungsrechtes des Gesellschafter-Vorerben an die Zustimmung des Nacherben.

Statt durch völligen Ausschluß des Kündigungsrechtes des Vorerben kann dem Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Gesellschafterstellung auch dadurch genügt werden, daß das Kündigungsrecht an die Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers gebunden wird. Der Vorteil dieser Regelung läge darin, daß dem Vorerben die Möglichkeit zur Kündigung gesellschaftsrechtlich nicht völlig verwehrt wäre; er könnte, falls das mit dem Interesse des Nacherben an der Erhaltung der Erbschaft übereinstimmt, jederzeit nach den allgemeinen Regeln (§ 132 HGB) aus der Gesellschaft ausscheiden. Die allgemeine Ansicht lehnt die Abhängigkeit des Kündigungsrechtes von der Zustimmung eines Dritten als unzulässige direkte Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechtes ab. [25]

---

25) Weipert § 132 Anm. 15, Schlegelberger-Geßler § 132 Rdnr. 13, Hueck § 24 I 5, Baumbach-Duden § 132 Anm. 3 A, Schneider-Martin S. 78, RGZ 21, 93.

Im Falle des Gesellschafter-Vorerben würde eine solche Regelung aber ebenso wie der Ausschluß des Kündigungsrechtes nur eine beschränkte Zeitspanne, nämlich die Dauer der Vorerbschaft betreffen. Der Gesellschafter-Vorerbe würde durch die Notwendigkeit der Zustimmung eines Dritten zu seiner Kündigung weniger weitgehend an die Gesellschaft gebunden als durch den Ausschluß seines Kündigungsrechtes für die Dauer seiner Erbenstellung. Denn bei Erteilung der Zustimmung kann er sich von der Gesellschaft lösen, was ihm im Falle eines Kündigungsausschlusses nicht möglich ist. Wenn nun aber das Kündigungsrecht zeitweilig ganz ausgeschlossen werden kann, dann muß unter denselben Voraussetzungen auch eine im Vergleich dazu kleinere Beschränkung des Kündigungsrechtes die Bindung an die Zustimmung eines Dritten möglich sein. Der Gesellschaftsvertrag kann deshalb das Kündigungsrecht des Vorerben dadurch einschränken, daß er es von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers oder des Nacherben abhängig macht; allerdings muß sich die Dauer der Erbenstellung des Vorerben dafür in eben den zeitlichen Grenzen halten, die auch für den Ausschluß des Kündigungsrechtes gelten.[26] In den oben unter 2 c) genannten Fällen der Vorerbschaft[27] könnte der Gesellschaftsvertrag somit statt eines Ausschlusses des Kündigungsrechtes auch dessen Abhängigkeit von der Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers vorsehen.

III. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Vorerben.

Zur Erhaltung der Gesellschafterstellung für den Nacherben könnte auch daran gedacht werden, das Stimmrecht des Gesellschafter-Vor-

---

26) siehe oben Seite 128 f.

27) siehe oben Seite 133 f.

erben für solche Gesellschafterbeschlüsse zu beschränken, die seine Stellung als Gesellschafter betreffen und diese für den Nacherben nachteilig verändern. Hierfür würde nur eine Regelung in Betracht kommen, die die wirksame Ausübung des Stimmrechtes durch den Vorerben von der Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers abhängig macht; ein Ausschluß des Stimmrechtes des Vorerben wäre - abgesehen davon, daß er nach richtiger Ansicht gesellschaftsrechtlich unzulässig ist[28] - nicht sinnvoll, da er zur Folge hätte, daß die übrigen Gesellschafter nun allein zu Änderungen des Gesellschaftsvertrages berechtigt sein würden. Damit wäre aber dem Ziel der Einschränkung von Verfügungen über die zur Erbschaft gehörende Gesellschafterstellung um nichts näher gekommen.

Eine Bindung des Stimmrechtes des Vorerben für die oben genannten Fälle von Gesellschafterbeschlüssen an die Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers könnte jedoch zur Erhaltung der Gesellschafterstellung für den Nacherben zweckmässig sein. Dadurch müßte der Vorerbe zur wirksamen Teilnahme an einem solchen Beschluß auf die Interessen des Nacherben Rücksicht nehmen, um dessen Zustimmung zu erhalten. Fraglich ist nur, ob dies gesellschaftsrechtlich möglich ist. Praktisch wird dadurch ein Teil des gesellschaftlichen Stimmrechtes auf den Nacherben oder den Testamentsvollstrecker übertragen. Die Zulässigkeit einer derartigen Regelung kann nur dann bejaht werden, wenn das Stimmrecht

---

28) Schlegelberger-Geßler § 119 Rdnr. 1, Heins NJW 1948, 253, Möhle S. 79 f., Sudhoff S. 129, BGH NJW 1956, 1198; a.A. Hueck § 11 III 1, der diese Frage zugleich damit behandelt, ob eine Delegation des Stimmrechtes auf Gesellschafterausschüsse zulässig ist; ihm zustimmend Baumbach-Duden § 119 Anm. 2 D.

überhaupt übertragbar ist.

Die entscheidende Vorschrift hierzu ist § 717 Abs. 1 S. 1 BGB; danach sind die Rechte, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, mit Ausnahme bestimmter in Abs. 1 S. 2 genannter vermögensrechtlicher Ansprüche nicht übertragbar. Die früher ganz herrschende Ansicht[29] sah den Grund für die so bestimmte Unübertragbarkeit der Gesellschafterrechte allein in dem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter. Hiervon ausgehend wurde argumentiert, daß der Schutz des § 717 Abs. 1 S. 1 BGB nur dem Interesse der Gesellschafter gelte, nicht durch Übertragung von Gesellschafterrechten gesellschaftsfremden Einflüssen Dritter ausgesetzt zu werden. Der Gesellschaftsvertrag könne deshalb die Vorschrift des § 717 Abs. 1 S. 1 BGB für bestimmte Gesellschafterrechte - also auch für das Stimmrecht - abdingen und so ihre Übertragbarkeit erreichen.[30]

Von dieser Ansicht ist der BGH unter allgemeiner Zustimmung des Schrifttums abgekehrt[31]; zwar besteht der Grundsatz der Personenbezogenheit der Gesellschafterrechte nur im Interesse der

---

29) RG JW 1919, 933; RG LZ 1921, 617; RGZ 92, 398 (400); 148, 105 (110 f.); Hueck ZHR 83, 1 (25 f.), Sommer DNotZ 1936, 937, BGB-RGRK 10. Aufl. § 717 Anm. 4, Planck § 717 Anm. 3.

30) so noch Holch DNotZ 1958, 282 (288); Palandt-Gramm § 717 Anm. 1 d.

31) BGHZ 3, 354 (357); 20, 363 (364); BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB; BGB-RGRK § 717 Anm. 2 u. 10; Staudinger-Geiler-Kessler § 705 Rdnr. 79; Schlegelberger-Geßler § 119 Rdnr. 1; Hueck § 11 II 3 u. JZ 1952, 115; Weipert JR 1954, 60; Siebert StbJB 1955/56, 300 (320 f.); Heitzer GmbH-RdSchau 1952, 129 (131 f.); Fischer GmbH-RdSchau 1952, 113. Gegen diese Auffassung sind neuerdings erhebliche Bedenken geäußert worden, vgl. Erman in Festschrift für Nipperdey Bd. I S. 277.

Gesellschafter und ist deshalb abdingbar; aber die Regelung des § 717 Abs. 1 S. 1 BGB bezweckt nicht nur den Schutz der Gesellschafter vor Dritten, sondern sie ist Ausdruck der besonderen Struktur der Personengesellschaft. Da diese nicht nur Schuldverhältnis, sondern zugleich Gemeinschaftsverhältnis ist, muß sie neben schuld- und sachenrechtlichen Beziehungen auch zu Rechten der Gesellschafter führen, in denen die Gemeinschaftsorganisation Ausdruck findet. Hierzu gehört auch das Recht des Gesellschafters auf Beteiligung an Beschlußfassungen - besonders wenn diese die Rechtsstellung des Gesellschafters betreffen. Das Stimmrecht ist daher notwendig auf die Gesellschafterstellung bezogen und ist mit ihr so eng verbunden, daß es nicht von ihr getrennt werden kann.[32] Wegen dieser strukturellen Verbundenheit des Stimmrechtes mit der Gesellschafterstellung kann seine Übertragbarkeit nicht der Disposition der Gesellschafter unterfallen. § 717 Abs. 1 S. 1 BGB ist vielmehr eine zwingende Rechtsvorschrift.

Durch die Bindung des Stimmrechtes des Gesellschafters an die Zustimmung des Nacherben würde zwar das Stimmrecht nicht im formalen Sinne übertragen werden. Da aber Stimmrecht und Gesellschafterstellung zwingend zusammengehören, kann es darauf nicht ankommen. Entscheidend ist, daß das Stimmrecht dem Gesellschafter nicht mehr ungeteilt zu selbständiger Ausübung zustehen und ein Dritter eine Mitberechtigung an ihm haben würde. Auch diese nur teilweise Trennung von Stimmrecht und Gesellschafterstellung muß deshalb als unzulässig abgelehnt werden.

---

32) BGHZ 3, 354 (357); 20, 363 (364); BGH JR 1954, 59 mit zustimmender Anmerkung von Weipert; BGH JZ 1960, 490 (491) mit zustimmender Anmerkung von Hueck.

Das Stimmrecht des Gesellschafter-Vorerben kann somit nicht für Beschlußfassungen, die seine Gesellschafterstellung betreffen, von der Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers abhängig gemacht werden.

IV. Zusammenfassung der Frage nach der Beschränkbarkeit der Verfügungsmacht des Vorerben über die Gesellschafterstellung.

Die Verfügungsrechte des Vorerben über seine Gesellschafterstellung können nur in sehr geringem Umfang eingeschränkt werden. Einer Beschränkung des für den Vorerben beim Erbfall immer gegebenen Wahlrechtes nach § 139 HGB, des Rechtes zur Auflösungsklage (§ 133 HGB) und des Stimmrechtes stehen zwingende gesetzliche Vorschriften entgegen. Lediglich das ordentliche Kündigungsrecht kann in den Sonderfällen, daß die Erbeinsetzung des Vorerben eine bestimmte nicht zu lang bemessene Frist dauern soll, ausgeschlossen oder an die Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers gebunden werden. Der Nacherbe kann daher durch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die die Verfügungsmacht des Gesellschafter-Vorerben betreffen, nicht vor Verfügungen des Vorerben über die zur Erbschaft gehörende Gesellschafterstellung sichergestellt werden.

C. Die Beschränkbarkeit des Einflusses des Vorerben auf die Führung der Gesellschaft.

Der Umfang des Einflusses eines Gesellschafters auf die Führung der Gesellschaft folgt aus seiner Berechtigung zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft. Zu beidem ist jeder Gesellschafter selbständig berufen (§§ 114, 115 Abs. 1, 125 HGB). Diese Regelung ist aber nicht zwingend. Der Erblasser kann des-

halb, falls der Vorerbe zur Führung der Gesellschaft ungeeignet ist und dadurch der wirtschaftliche Wert der für den Nacherben bestimmten Gesellschafterstellung gefährdet erscheint, im Gesellschaftsvertrag Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis und auch der Vertretungsmacht des Vorerben erreichen. Der Gesellschafter-Vorerbe kann durch Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht vollkommen von der Gesellschaftsleitung ausgeschlossen werden; entsprechend seiner Eignung können diese Rechte aber auch nur eingeengt werden. Seine Geschäftsführungsbefugnis kann sich auf bestimmte interne Aufgaben z. B. die technische Leitung oder die Buchführung beschränken, und seine Vertretungsmacht kann von der Mitwirkung eines anderen Gesellschafters oder auch eines Prokuristen abhängig gemacht werden (§ 125 Abs. 2 u. 3 HGB). Durch derartige Regelungen im Gesellschaftsvertrag kann der Einfluß des Gesellschafter-Vorerben auf die Führung der Gesellschaft beliebig gesteuert werden.

D. Die Verpflichtung des Vorerben zur Bestellung eines Vertreters.

Durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag kann der Erblasser auch die Verpflichtung des Vorerben erreichen, seine Gesellschafterrechte durch einen Vertreter ausüben zu lassen. Daß eine solche Vertretung im Rahmen der offenen Handelsgesellschaft generell stattfinden kann, ist bereits oben[33] aufgezeigt worden; die Zulässigkeit der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung eines Gesellschafters, sich einem von ihm bestellten Vertreter unterzuordnen, hat Vits[34] überzeugend nachgewiesen:

---

33) siehe oben Seite 103 ff.

34) Vits S. 20 ff.

Dieser Verpflichtung des Gesellschafters stehen besondere gesellschaftsrechtliche Vorschriften nicht entgegen. Sie begegnet auch keinen allgemeinen Bedenken aus dem Gesichtspunkt des § 138 BGB; denn der Gesellschafter kann schon dadurch nicht der Willkür des Vertreters in sittenwidriger Weise unterworfen werden, daß er diesem nur eine widerrufliche Vollmacht erteilen und auch seinerseits nicht auf die eigene Ausübung der Gesellschafterrechte verzichten kann.[35] Außerdem schränkt die gesellschaftliche Treuepflicht (§ 242 BGB) das Recht der Mitgesellschafter ein, von dem zu vertretenden Gesellschafter ohne Rücksicht auf dessen Interesse in jedem Falle die Unterordnung unter den Vertreter zu verlangen. Sie müssen hierauf vielmehr immer dann verzichten, wenn der Gesellschafter - z. B. bei der Gesellschaftsvertrag ändernden Gesellschafterbeschlüssen - durch die Vertretungspflicht einer außergewöhnlichen Belastung ausgesetzt werden würde. Dadurch ist der von der Vertretungspflicht betroffene Gesellschafter in Fragen, die seine eigene Stellung betreffen, zu selbständiger Ausübung seiner Gesellschafterrechte berechtigt.[36]

Im Falle der Vorerbschaft an der Gesellschafterstellung bietet sich somit in einer durch den Gesellschaftsvertrag aufgestellten Vertretungspflicht des Vorerben die Möglichkeit, diesen weitgehend an die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Vertreter zu binden. Dabei kann der Gesellschaftsvertrag die Person des Vertreters be-

---

35) BGHZ 3, 354 (359).

36) Vits S. 32 hält ihn hierzu auch für verpflichtet. Dem kann nicht zugestimmt werden, da die Vertretungspflicht des Gesellschafters zugleich seine Befreiung von persönlicher Mitwirkungspflicht bedeutet; diese Freistellung kann aber nicht durch einen einseitigen Verzicht der Mitgesellschafter auf die Vertretungspflicht aufgehoben werden.

reits vorsehen; er kann aber auch lediglich die Vertretungspflicht des Vorerben festlegen und die Bestimmung der Person des Vertreters dem Erblasser überlassen. Die Wahl des Vertreters kann dann insbesondere auf einen über den gesamten Nachlaß eingesetzten Testamentsvollstrecker fallen. Dieser hat aber ebenso wie jeder andere Vertreter[37] gegenüber dem Vorerben kein Recht auf alleinige Ausübung der Gesellschafterrechte. Denn die im Gesellschaftsvertrag bestimmte Vertretungspflicht verpflichtet den Gesellschafter-Vorerben immer nur im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern.

Viertes Kapitel
Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Kommanditgesellschaft.

Die zweite Form der Personenhandelsgesellschaft ist die der offenen Handelsgesellschaft verwandte Kommanditgesellschaft. Ihr Unterscheidungsmerkmal gegenüber der offenen Handelsgesellschaft liegt darin, daß sie neben den persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementäre) auch nur beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditisten) kennt.

A. Die Gesellschafterstellung des Komplementärs.

Nach § 161 Abs. 2 HGB gelten für die Rechtsstellung des Komplementärs die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft. Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft über die Gesellschafterstellung eines Komplementärs und das Problem der Erhaltung des Nach-

---

37) siehe oben Seite 109 f.

erbenrechtes an ihr stoßen deshalb auf dieselben Fragen, wie sie oben für den Vor- und Nacherben eines offenen Handelsgesellschafters behandelt wurden.

B. Die Gesellschafterstellung des Kommanditisten.

Die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Kommanditisten sind gegenüber denen des Komplementärs erheblich beschränkt. Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern nur bis zur Höhe seiner Einlage; und auch diese Haftung entfällt, sobald er seine Einlage geleistet hat (§ 171 Abs. 1 HGB). Nach §§ 164, 170 HGB hat der Kommanditist keine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Es fragt sich, inwiefern sich daraus im Falle der Vor- und Nacherbschaftsanordnung Unterschiede zu dem Vor- und Nacherbenrecht an der Stellung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters ergeben.

I. Die Kommanditistenstellung im Vor- und Nacherbschaftsrecht.

Da die Kommanditistenstellung durch die Beschränkung der gesellschaftlichen Verwaltungsrechte einen kapitalistischen Einschlag erhält und deshalb die Person des Gesellschafters weniger im Vordergrund steht als dessen Beteiligung, hat der Tod des Kommanditisten nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (§ 177 HGB). Der Erbe des Kommanditisten setzt vielmehr dessen Stellung allein kraft seines Erbrechtes fort, so daß es für die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft über sie nicht einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag bedarf.

Der Kommanditist-Vorerbe kann die Gesellschaft ebenso wie der persönlich haftende Gesellschafter unabhängig von einem Einfluß des Nacherben kündigen oder zusammen mit den übrigen Gesellschaftern auflösen (§ 161 Abs. 2 HGB). Für seinen Gewinnanspruch gilt durch die Verweisung des § 161 Abs. 2 HGB das oben für den offenen Handelsgesellschafter Festgestellte. Wegen der nur beschränkten Haftung des Kommanditisten scheint eine Verwaltung seiner Gesellschafterstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB zugunsten des Nacherben möglich zu sein. Dazu darf jedoch nicht übersehen werden, daß der Verwalter kraft seines Amtes auch die Verfügungsrechte des Vorerben über die Kommanditistenstellung ausübt. Es würde daher in seiner Macht stehen, zusammen mit den übrigen Gesellschaftern eine Erhöhung der Kommanditeinlage des Vorerben zu beschließen. Der Vorerbe würde hierdurch den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB auch für die von dem Verwalter begründeten Gesellschaftsschulden persönlich ohne Beschränkungsmöglichkeit auf den Nachlaß in Höhe der Einlagenerhöhung haften. Selbst wenn also im Zeitpunkt des Erbfalles oder sogar der Einsetzung des Verwalters (§§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB) durch volle Einzahlung der Einlage eine persönliche Haftung des Kommanditisten ausgeschlossen war, kann die Verwaltung, obwohl sie nur der Sicherung des Nacherbenrechtes dient, durch Erhöhung der Kommanditeinlage ohne gleichzeitige Leistung der erhöhten Einlage auf die persönliche Rechtsstellung des Kommanditisten-Vorerben übergreifen. Dieser Übergriff schließt die in §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB vorgesehene Bestellung eines Verwalters auch für die Kommanditistenstellung des Vorerben aus.

Es ließe sich nun daran denken, die Verwaltung der Kommanditistenstellung nach §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB dadurch zu ermöglichen, daß dem Verwalter die Verfügungsmacht über die Komman-

ditistenstellung insoweit genommen wird, als es sich um Erhöhungen der Kommanditeinlage ohne gleichzeitige Leistung der erhöhten Einlage handelt. Die Erhöhung der Kommanditeinlage stellt indessen nicht die einzige Maßnahme bei der Verwaltung der Kommanditistenstellung dar, durch die der Verwalter die unbeschränkbare persönliche Haftung des Kommanditisten-Vorerben auslösen kann. Eine unbeschränkbare Haftung des Kommanditisten-Vorerben für Gesellschaftsschulden tritt auch ein, wenn der Verwalter an der Rückzahlung der Kommanditeinlage mitwirkt, Gewinnanteile entnimmt, nachdem der geleistete Kapitalanteil durch Verluste gemindert war, oder wenn er durch die Entnahme von Gewinnen den geleisteten Kapitalanteil vermindert (§ 172 Abs. 4 HGB). Diese Haftungsfolge ist ebenso wenig wie die persönliche Haftung des Kommanditisten-Vorerben nach einer Einlagenerhöhung (§ 171 Abs. 1 HGB) von dem erbrechtlichen Zweck der Verwaltung gedeckt. Um die Auslösung unbeschränkbarer persönlicher Verpflichtungen des Kommanditisten-Vorerben durch den Verwalter zu vermeiden, würde deshalb die Rechtsmacht des Verwalters auch bezüglich der Rückzahlung der Einlage und bezüglich der Entnahme von Gewinnen beschränkt werden müssen. Durch den Ausschluß des Verwalters von Gewinnentnahmen würde der Verwaltung aber ein für die Nachlaßsicherung besonders wichtiges Gesellschafterrecht des Kommanditisten-Vorerben vorenthalten werden. Indem nämlich der Vorerbe Gewinne selbständig entnehmen kann, ist das Ziel der Nachlaßsicherung durch die Verwaltung der Kommanditistenstellung von vornherein infrage gestellt. Es erscheint deswegen wenig erfolgversprechend, die Verwaltung der Kommanditistenstellung dadurch zu ermöglichen, daß die Rechtsmacht des Verwalters insoweit beschränkt wird, als sie nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB eine unbeschränkbare persönliche Haftung des Kommanditisten-Vorerben auslösen kann.

II. Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der Kommanditistenstellung durch letztwillige Verfügungen des Erblassers.

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung über die Kommanditistenstellung des Vorerben stößt auf dieselben rechtlichen Probleme wie deren Verwaltung gem. §§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB;[1] sie ist deshalb nicht zulässig.[2] Die vereinzelt vertretene Meinung, die die Testamentsvollstreckung dann für möglich hält, wenn die Hafteinlage beim Erbfall eingezahlt ist,[3] beachtet nicht genügend, daß der Testamentsvollstrecker jederzeit durch Einlagenerhöhung (§ 171 Abs. 1 HGB), Einlagenrückzahlung (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB) oder Gewinnentnahmen in den Fällen des § 172 Abs. 4 S. 2 HGB die persönliche Gesellschafterhaftung des Kommanditisten auslösen kann.

Ob die Hafteinlage des Kommanditisten voll geleistet ist oder nicht, ist aber von entscheidender Bedeutung für die Möglichkeit der Beschwerung des Vorerben mit einer Auflage, die ihm für den Nacherben ungünstige Verfügungen über die Kommanditistenstellung (Kündigung, Ausscheiden) verbietet. Ist die Einlage noch nicht ganz geleistet, so würde der Vorerbe durch eine solche Auflage verpflichtet, die erbrechtlich nicht beschränkbare Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB zu tragen. In diesem Falle ist die ein Verfügungsverbot enthaltende Auflage deshalb aus demselben Grunde wie auch bei der

---

1) siehe oben Seite 84.

2) Schlegelberger-Geßler § 177 Rdnr. 4, Weipert § 177 Anm. 22, RGZ 172, 199 (203). a.A. Weiler DNotZ 1952 283 (301 f.), BGHZ 24, 106 (113) läßt die Frage offen.

3) Staudinger-Dittmann § 2205 Rdnr. 69, Kipp-Coing §. 68 III 2 b.

offenen Handelsgesellschafterstellung unzulässig. - Bei voller Einzahlung der Einlage zur Zeit des Erbfalles tritt dieses Problem dagegen nicht auf. Eine persönliche Haftung des Kommanditisten-Vorerben kann dann nur eintreten, wenn dieser selbst einer Einlagenerhöhung zustimmt. Wegen der in diesem Falle ganz auf eigenem Entschluß des Vorerben beruhenden persönlichen Haftung können aber keine Bedenken gegen eine erbrechtliche Verpflichtung des Vorerben bestehen, Verfügungen über die Kommanditistenstellung zu unterlassen. Solche Bedenken finden sich auch nicht in den personenrechtlichen Bindungen der Kommanditgesellschaft, denen der Gesellschafter-Vorerbe ausgesetzt ist; denn diese sind für den Kommanditisten so geringfügig (§§ 164, 165 HGB), daß sie kaum ins Gewicht fallen. Bei voll eingezahlter Hafteinlage ist daher das in eine Auflage gekleidete Verfügungsverbot über die Kommanditistenstellung zulässig.[4)]

Demgegenüber stößt eine erbrechtliche Verpflichtung des Kommanditisten-Vorerben, die Ausübung aller Gesellschafterrechte einem Vertreter zu überlassen in jedem Falle auf haftungsrechtliche Schwierigkeiten, da auch die erbrechtliche Pflicht zur Vertretung nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB zu der unbeschränkbaren persönlichen Gesellschafterhaftung des Vorerben führen kann. Eine erbrechtliche Verpflichtung zur Vertreterbestellung ist jedoch zulässig, falls die Fälle der Einlagenerhöhung (§ 171 Abs. 1 HGB) der Einlagenrückzahlung (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB) und der Gewinnentnahme unter den Voraussetzungen des § 172 Abs. 4 S. 2 HGB

---

4) Weipert § 177 Anm. 22 hält eine erbrechtliche Verpflichtung des Kommanditisten-Erben, seine Rechte nur in bestimmter Weise auszuüben, für unbeschränkt zulässig.

von der Vertretungspflicht ausgenommen werden. - Um eine umfassende Vertretung des Vorerben in der Ausübung aller Gesellschafterrechte zu erreichen, steht dem Erblasser wie im Falle des offenen Handelsgesellschafter-Vorerben nur der Weg über eine bedingte Erbeinsetzung offen.

III. Die Sicherung des Nacherbenrechtes an der Kommanditistenstellung mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln.

Die Möglichkeiten, den künftigen Eintritt des Nacherben in die Kommanditistenstellung gesellschaftsrechtlich sicherzustellen, entsprechen genau den für die offene Handelsgesellschafterstellung zulässigen Vertragsbestimmungen: für das Kündigungsrecht des Kommanditisten gelten nach § 161 Abs. 2 HGB dieselben Vorschriften wie für das des offenen Handelsgesellschafters; es kann deshalb nur in demselben Rahmen wie für diesen ausgeschlossen oder von der Zustimmung des Nacherben oder des Testamentsvollstreckers abhängig gemacht werden. Die Bindung des Stimmrechtes an die Zustimmung des Nacherben oder des Testamentsvollstrekkers würde ebenso wie bei dem Stimmrecht des offenen Handelsgesellschafters eine unzulässige Trennung von Gesellschafterrecht und Beteiligung darstellen.[5] Dagegen ist eine Verpflichtung des Kommanditisten, die Ausübung seiner Gesellschafterrechte einem bevollmächtigten Vertreter zu überlassen, unter den für den offenen Handelsgesellschafter geltenden Voraussetzungen[6] zulässig.[7]

---

5) BGH NJW 1956, 1198.

6) siehe oben Seite 103 ff, 140 ff.

7) Hueck ZHR 125, 1 ff., Vits S. 72 ff.

Fünftes Kapitel
Zusammenfassung

Für die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Personenhandelsgesellschaft ist Voraussetzung, daß der Gesellschaftsvertrag durch eine Nachfolgeklausel die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung ermöglicht. Nur die Kommanditistenstellung kann ohne eine solche Klausel Gegenstand des Erbrechtes sein.

Durch die bloße Anordnung von Vor- und Nacherbschaft kann der Erblasser den späteren Übergang der Gesellschafterstellung auf den Nacherben indessen nur insoweit sicherstellen, als der Vorerbe gutwillig ist und die Gesellschafterstellung im Interesse des Nacherben verwaltet. Denn die allgemeinen dem Nacherben zur Sicherung seines künftigen Erbrechtes gegebenen Schutzrechte versagen fast ganz für das Nacherbenrecht an der Gesellschafterstellung. Die dem Vorerben auferlegten Verfügungsbeschränkungen sind auf Verfügungen über einzelne Gegenstände des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft nicht anwendbar. Die erbrechtlich durchaus zu rechtfertigende entsprechende Anwendung der §§ 2113 ff. BGB auf Verfügungen über die Gesellschafterstellung ist gesellschaftsrechtlich dadurch erfolglos, daß eine bereits vorgenommene Abwicklung der Gesellschaft durch die mit dem Nacherbfall eintretende Unwirksamkeit der Gesellschaftsauflösung nicht rückgängig gemacht werden kann. Die Annahme einer schon zu Zeiten des Erbrechtes des Vorerben wirksamen Verfügungsbeschränkung über die Gesellschafterstellung würde erbrechtlich in Widerspruch zu der dem Vorerben gegebenen Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit stehen; gesellschaftsrechtlich wird sie dadurch ausgeschlossen, daß die Wahrnehmung der Rechte des § 139 HGB und das Recht zur Erhebung der Auf-

lösungsklage (§ 133 HGB) nicht und das ordentliche Kündigungsrecht nur in besonderen Fällen der Vorerbschaftsanordnung von der Zustimmung des Nacherben abhängig sein können. Der Vorerbe hat daher freie Hand in der Führung der Gesellschaftsgeschäfte und kann, insbesondere auch im Rahmen des § 139 HGB, frei über die Gesellschafterstellung verfügen. Andererseits hat der Nacherbe wegen des dabei auftretenden Problems der Haftung des Vorerben nicht die Möglichkeit, der Verletzung seines Erbrechtes an der Gesellschafterstellung durch die gerichtliche Bestellung eines Verwalters (§§ 2128 Abs. 2, 1052 BGB) zu begegnen.

Der Erblasser kann aber seine Anordnung von Vor- und Nacherbschaft durch erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Regelungen ergänzen, die darauf zielen, daß die Gesellschafterstellung seinem Willen entsprechend im Interesse des Nacherben verwaltet und für diesen erhalten wird. Zwar kann er den Gesellschafter-Vorerben nicht einer Testamentsvollstreckung unterstellen und ihn auch nicht durch Auflagen oder Vermächtnisse verpflichten, Verfügungen über die Gesellschafterstellung zu unterlassen oder seine Gesellschafterrechte von einem Vertreter ausüben zu lassen; diese drei Sicherungsmöglichkeiten des Nacherbenrechtes scheitern an der zwingenden Beschränkung der Testiermacht des Erblassers auf den Nachlaß. Der Gesellschafter-Vorerbe kann aber durch Androhung der Erbentsetzung (auflösend bedingte Erbeinsetzung) für den Fall, daß er ohne die Zustimmung des Nacherben über die Gesellschafterstellung verfügt, von für den Nacherben unvorteilhaften Verfügungen abgehalten werden.

Durch eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung kann der Erblasser ihn veranlassen, zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte einen Vertreter zu bestellen. Je nach dem Grade der Besorgnis des Erb-

lassers gegenüber der Eignung des Vorerben zur Verwaltung der Gesellschafterstellung kann die Vertreterbestellung für alle oder nur einzelne Gesellschafterrechte angeordnet werden. Gesellschaftsrechtlich bedarf es hierzu stets der Zustimmung aller Gesellschafter. Da die Vollmacht nur widerruflich sein kann, ist die Unterordnung des Vorerben unter den Vertreter nur mit einer durch den Fall des Widerrufes oder der eigenen Rechtsausübung des Vorerben auflösend bedingten Erbeinsetzung zu erreichen. - Die zu der Vertretung der Gesellschafterrechte notwendige Zulassung im Gesellschaftsvertrag hat zugleich die Wirkung, daß der Gesellschafter-Vorerbe von der gesellschaftlichen Pflicht zu persönlicher Mitarbeit befreit ist; dadurch kann für den Vorerben ein Motiv entfallen, die zum Nachlaß gehörende Gesellschafterstellung dem Interesse des Nacherben zuwider in eine Kommanditbeteiligung umzuwandeln oder völlig aus der Gesellschaft auszuscheiden.

Außerdem besteht die Möglichkeit, den Vorerben durch eine Auflage zu verpflichten, die Gesellschafterstellung durch einen Treuhänder verwalten zu lassen. Gesellschaftsrechtlich bedarf die Treuhandverwaltung der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Die Schwierigkeit ihrer Durchführung liegt darin, daß sie die Bereitschaft des Treuhänders zur Übernahme der Gesellschafterhaftung voraussetzt.

Das Maß der Gewinnentnahmen während der Dauer der Vorerbschaft kann im Interesse des Nacherben durch den Vorerben beschwerende Auflagen geregelt werden.

Der Gesellschaftsvertrag kann Verfügungen des Gesellschafter-Vorerben über die Gesellschafterstellung nur in geringem Maße beschränken. Lediglich das ordentliche Kündigungsrecht des Gesellschafter-Vorerben kann, falls dessen Erbrecht eine bestimmte nicht

zu lang bemessene Frist andauern soll, ausgeschlossen oder an die Zustimmung des Nacherben oder eines Testamentsvollstreckers gebunden werden. Dagegen kann der Gesellschaftsvertrag die Befugnis des Gesellschafter-Vorerben zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft beliebig regeln. Er kann für den Gesellschafter auch die Verpflichtung enthalten, sich in der Ausübung seiner Gesellschafterrechte vertreten zu lassen.

Durch die Möglichkeit, diese erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu treffen, kann der Erblasser einer drohenden unsachgemäßen oder eigennützigen Verwaltung der Gesellschafterstellung durch den Vorerben vorbeugen. Dabei führen erbrechtliche Anordnungen allein zu keinem wirkungsvollen Schutz des Nacherbenrechtes. Durch eine im Einzelfall entsprechend der Person des Vorerben gewählte Kombination erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Regelungen läßt sich aber die im Vor- und Nacherbschaftsrecht fehlende Sicherung des künftigen Erwerbes der Gesellschafterstellung durch den Nacherben weitgehend ergänzen.

L e b e n s l a u f

Am 25. Juli 1937 wurde ich als zweites der sechs Kinder des Kaufmannes Oskar Picot und dessen Ehefrau Dr. Marie Luise Picot, geb. Cuntz, in Bochum geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Die Volksschule besuchte ich in Linz a/Donau, Gemunden a/Traunsee und in Hemer/Kreis Iserlohn. Nach bestandener Aufnahmeprüfung wurde ich zum Ostertermin 1948 in die Oberschule für Jungen in Hemer/Kreis Iserlohn aufgenommen. Mit Beginn des Jahres 1950 wurde ich Schüler des Staatlichen Gymnasiums Bochum, an dem ich am 15. März 1957 die humanistische Reifeprüfung ablegte. Daran anschließend war ich ein Jahr als Bankvolontär tätig: zunächst bei dem Hamburger Bankhaus Brinckmann, Wirtz und Co, dann bei der Société de Banque Suisse in Neuchâtel. Während dieser Zeit war ich in der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg eingeschrieben. Vom Sommersemester 1958 an studierte ich drei Semester an der Albert-Ludwigs Universität in Freiburg i/Breisgau und vom Wintersemester 1959/60 bis zum Wintersemester 1961/62 an der Westfälischen Wilhelms Universität in Münster/Westfalen. Am 20. Januar 1962 bestand ich das Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Seit dem 1. April 1962 bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.